

D I E E L T E R L I C H E G E W A L T
B E I S C H E I D U N G U N D
T R E N N U N G

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
zu Frankfurt am Main

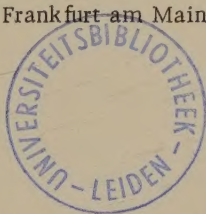
vorgelegt von
H a n s M ö b s
Regierungsrat
aus Obertshausen

1965

1964

D I E E L T E R L I C H E G E W A L T
B E I S C H E I D U N G U N D
T R E N N U N G

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
zu Frankfurt am Main



vorgelegt von
H a n s M ö b s
Regierungsrat
aus Obertshausen

1965

Erstgutachter: Professor Dr. MÜLLER-FREIENFELS
Zweitgutachter: Professor Dr. ISELE

Tag der mündlichen Prüfung: 3. Juni 1964

STADTVEREINIGUNG

ABSTIMMUNG DER VEREINIGUNG

ABSTIMMUNG

VEREINIGUNG

Die Stellung

MEINEN ELTERN

IN DANKBARKEIT GEWIDMET

Abend des 21.

Vorstellung des 1. Vorgesetzten des 1. Vorgesetzten

Verordnung des 1. Vorgesetzten - Teilweise des 1. Vorgesetzten

ZWEITER TEIL

1. Vorgesetzter

2. Vorgesetzter des 1. Vorgesetzten, des 1. Vorgesetzten des 1. Vorgesetzten

3. Die Vorgesetzter des 1. Vorgesetzten, des 1. Vorgesetzten des 1. Vorgesetzten

I. Allgemeine

II. Vorgesetzter des 1. Vorgesetzten des 1. Vorgesetzten

1. Vorgesetzter des 1. Vorgesetzten

2. Die Vorgesetzter des 1. Vorgesetzten des 1. Vorgesetzten

3. Die Vorgesetzter des 1. Vorgesetzten des 1. Vorgesetzten

4. Die Vorgesetzter des 1. Vorgesetzten

5. Die Vorgesetzter des 1. Vorgesetzten

6. Die Vorgesetzter des 1. Vorgesetzten des 1. Vorgesetzten

7. Die Vorgesetzter des 1. Vorgesetzten

III. Die Vorgesetzter des 1. Vorgesetzten

IV. Die Vorgesetzter des 1. Vorgesetzten

5. Die Vorgesetzter des 1. Vorgesetzten des 1. Vorgesetzten

LITERATURVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

EINLEITUNG

33

ERSTER TEIL

34

Grundlegung

34

Abriß der den §§ 1671, 1672 BGB zugrunde liegenden
Vorstellungen des Gesetzgebers - Ausgangsfragen -
Gegenstand der Rechtsfindung - Tragweite der vor-
mundschaftsgerichtlichen Tätigkeit

ZWEITER TEIL

44

Einzelprobleme

44

A. Vereinbarkeit der §§ 1671, 1672 BGB mit Art. 6 GG und vorstaatlichem Recht

44

B. Die Sorgerechtsregelung bei einem gemeinsamen elterlichen Vorschlag

50

I. Allgemeines

50

II. Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Vorschlags

52

1. Gemeinsamkeit des Vorschlags

52

2. Die Anforderungen an den Vorschlagenden und an den Vorschlag

55

a) Der vorschlagende Elternteil (Rechtsnatur des Vorschlags)

55

b) Form des Vorschlags

58

c) Frist zur Einreichung des Vorschlags

59

d) Zeitpunkt des Zugangs des elterlichen Vorschlags - Widerruf einer vorausgehenden Einigung

62

e) Widerruf des gemeinsamen Vorschlags

67

III. Inhalt des gemeinsamen Vorschlags

73

IV. Gerichtliche Prüfung des Vorschlags

82

C. Die Sorgerechtsregelung ohne elterlichen Vorschlag oder bei Ablehnung des Vorschlags

90

I.	Allgemeines	90
II.	Die gerichtliche Entscheidung im Rahmen des § 1671 III 1 BGB	92
	1. Die körperliche und seelische Eigenart des Kindes	92
	2. Die persönlichen und sachlichen Verhältnisse der Eltern	97
	3. Die Einflüsse dritter Personen	108
	4. Die Einflüsse der übrigen Umwelt	110
III.	Die gerichtliche Entscheidung im Rahmen des § 1671 III 2 BGB	111
	1. Stellungnahmen zum Einfluß des Schuldspruchs	111
	2. Kritische Würdigung	114
	3. Die schwerwiegenden Gründe	119
D.	Die Bestellung eines Pflegers oder Vormundes	123
E.	Die Dauer der vormundschaftsgerichtlichen Regelung	126
F.	Die Besonderheiten der Sorgerechtsregelung bei Trennung der Ehegatten	134
	SCHLUSS	142

LITERATURVERZEICHNIS

- | | |
|---|---|
| Achilles-Greiff | BGB, 21. Aufl., Berlin 1958 |
| Ahnert | Die elterliche Gewalt der Mutter nach dem
Bürgerlichen Gesetzbuche,
Diss. Rostock 1930 |
| Amtliche Begründung
zum Ehegesetz 1938 | Begründung zu dem Gesetz über die Vereinheit-
lichung des Rechts der Eheschließung und der
Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen
Reichsgebiet vom 6. Juli 1938 (RGBl. I 807),
DJ 38, 1102 ff. |
| André | Verträge zwischen Eltern über die Erziehung
ihrer Kinder, Marburg 1905 |
| Anschütz | Die Verfassung des Deutschen Reichs, Bad Hom-
burg v. d. H. 1960, unveränderter Nachdruck der
14. Aufl., 1933 |
| Apelt | Die Gleichheit vor dem Gesetz nach Art. 3
Abs. 1 des Grundgesetzes, JZ 1951, 353 ff. |
| Arndt | Verfassung des Deutschen Reichs, 3. Aufl.,
Berlin-Leipzig 1927 |
| Bach | Zur Anwendung des § 74 des Ehegesetzes,
DRZ 1950, 77 f. |
| Baer | Women Workers and Family Responsibilities,
International Labour Review IV, 54 |
| Bang | Kinder aus gestörten Ehen, PrKps 1954, 304 ff. |
| Bartsch | Die Rechtsstellung der Frau als Gattin und
Mutter, 1903 |
| Baudert | Erziehungshilfe für vaterlose Kinder,
UJ 1950, 246 ff. |
| Baumbach-Lauterbach | Zivilprozeßordnung, 26. Aufl.,
München-Berlin 1961 |
| Baur | Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1. Buch: Allgemei-
nes Verfahrensrecht, Tübingen 1955 |
| Baur | Zur Auslegung des § 74 IV EheG, DRZ 1950,
354 |

- Becker, Howard Jugendpflege und Jugendbewegung einst und heute, Verhandlungen des Neunten Deutschen Soziologentages, in: Schriften der Deutschen Gesellschaft für Soziologie, I. Serie, IX. Bd., Tübingen 1949, S. 47 ff.
- Becker, Walter Die Entwicklung der Jugendkriminalität in Westdeutschland UJ 1955, 547 ff.
Schutz des Erziehungsrechts?, UJ 1952, 449 ff.
Recht auf Erziehung, in: Ausstöße, Berichte aus der Arbeit der Evangelischen Akademie Hofgeismar, 1959, Nr. 3, S. 57 ff.
- Beitzke Betrachtungen zum neuen Kindschaftsrecht, FamRZ 1958, 7 ff.
Sorgerechtsregelung bei Ausländerkindern, in: Festschrift für Heinrich Lehmann, II. Bd., S. 493 ff., Berlin-Tübingen 1956
Familienrecht, 10. Aufl., München-Berlin 1962
Gleichheit von Mann und Frau, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 2. Bd., S. 198 ff., Berlin 1954
- Bennholdt-Thomsen Das Kind in der Zivilisation, in: Das Kind in unserer Zeit, hrsg. von Rich. Bamberger, S. 171 ff., Stuttgart 1958
- Bergler Kinder aus gestörten und unvollständigen Familien, Weinheim-Berlin 1955
- Bericht über den 38. Deutschen Juristentag, MDR 1950, 577 ff.
- Binder Die uneheliche Mutterschaft, Bern 1941
- Bitter (Hrsg.) Vorträge über das Vaterproblem in Psychotherapie, Religion und Gesellschaft, Stuttgart 1954
- Bonner Kommentar Kommentar zum Bonner Grundgesetz, hrsg. von Bodo Dennewitz u. a., Hamburg 1950 ff.
- Blau Die Einschaltung von Eheberatungsstellen in das Scheidungsverfahren, JZ 1952, 711 ff.

- Blötz Die Neuregelung der Personensorgerechtsverteilung nach geschiedener Ehe (§ 1671 BGB n.F.), Mitteilungen der Arbeitsgemeinschaft für Jugendpflege und Jugendfürsorge, Nr. 29 (Oktober 1959), S. 27 ff.
- Das Personensorgerecht des alleinschuldigen Ehegatten, DFG 1943, 35 ff. und HansRGZ 1942, 81 ff.
- Scheidunggsschuld und Verteilung der Kinder, JuWo 1956, 31 ff.
- Böning Das Kind der berufstätigen Mutter, UJ 1955, 145 ff.
- Bötticher Abänderbarkeit und Rechtskraft im Funktionsbereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 1956, 582 ff.
- Bondy Probleme der Jugendhilfe, Köln-Berlin 1957
- Bosch Der gesetzliche Vertreter des minderjährigen ehelichen Kindes in dessen Unterhaltsprozeß, NJW 1958, 1954 ff.
- Gleichberechtigung im Bereich der elterlichen Gewalt, SJZ 1950, 625 ff.
- Liebe-Ehe-Rechtsordnung, Bad Godesberg 1954
- Die Situation im Ehe- und Familienrecht, Rpfl 1953, 481 ff. und 1954, 1 ff.
- Boßhard Psychische Störungen bei Kindern im Gefolge von richterlichen und vormundschaftlichen Maßnahmen bei der Scheidung der Eltern, med. Diss. Bern 1947
- Bovensiepen Die Reform des Ehescheidungsrechtes, Diss. Köln 1935
- Bowlby Maternal Care and Mental Health, 2. Aufl., Genf 1952
- Boyer Das Kleinkind und seine religiöse Erziehung, Würzburg 1957

Braun	Das Kind in der Ehescheidungsfamilie, Pro Juventute, Zürich 1932
Brody	Patterns of Mothering, Maternal Influence During Infancy, New York 1956
Brunn	Statistische Ergebnisse an 1291 Kieler Schulkindern einer gemischten Volks- und Mittelschule aus der Sicht der Erziehungsberatung, PrKps 1957, 261 ff.
Brusiin	Zum Ehescheidungsproblem, 1959
Burlingham-Freud	Children without Families, London 1943, deutsche Ausgabe: Anstaltskinder, London 1950 Kriegskinder, London 1949
Cameron	Frühkindliche Erlebnisse; Das Kind in seiner Welt, in Giese-Willy, Mensch-Geschlecht-Gesellschaft, S. 267 ff., 579 ff., Frankfurt 1954
Charmot	Die Einstellung der modernen Pädagogik zur Ge- samterziehung des Kindes, in: Vom Wesen und Geheimnis der Familie, hrsg. von Jean Viollet, S. 151 ff., Salzburg 1952
Crome	Grundzüge des römischen Privatrechts, 2. Aufl., Bonn 1922
Dauber	Bürgerliche oder christliche Erziehung, Stuttgart 1957
Dernburg	Pandekten, 3. Bd.: Familien- und Erbrecht, 7. Aufl., Berlin 1903 System des Römischen Rechts, Der Pandekten 8., umgearbeitete Aufl., bearb. von Paul Sokolowski, Berlin 1912
Deutsch	Psychologie der Frau, Bern 1948
Dietz	Deutsches Personen-, Familien- und Erbrecht, Berlin 1943
Dombois	Grundprobleme des Ehescheidungsrechts, Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht 1956, 32 ff.
Donau	Das neue Kindschaftsrecht, MDR 1958, 6 ff.

- | | |
|-------------------------|---|
| Drescher | Rechtsstellung der Kinder aus geschiedenen Ehen,
Diss. Leipzig 1935 |
| Dressel | Die Sorgerechtsübertragung nach § 81 des Ehe-
gesetzes in der richterlichen Praxis, DFG 1944,
66 ff. |
| Dürig | Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermäch-
tigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen,
AöR Bd. 79, S. 57 ff.

Das Eigentum als Menschenrecht, ZgesStW Bd. 109
S. 326 ff.

Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde,
AöR Bd. 81 S. 117 ff.

Die Verwirkung von Grundrechten nach Artikel 18
des Grundgesetzes, JZ 1952, 513 ff. |
| Dunz | Das Vorrecht des schuldlos geschiedenen Eltern-
teils, NJW 1959, 802 f. |
| Egner | Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe
der Eltern, Diss. Frankfurt 1950 |
| Ehescheidung, Die ... | Eine statistisch-soziologische Untersuchung,
hrsg. vom Österreichischen Statistischen Zentral-
amt, Beiträge zur österreichischen Statistik,
34. Heft, Wien 1959 |
| Ehescheidungen, Die ... | in der Nachkriegszeit, in: Staat und Wirtschaft
in Hessen, 1949 S. 65 f. |
| Ell | Bewahrung und Bewährung im erzieherischen
Alltag, UJ 1958, 450 ff. |
| Enneccerus-Kipp-Wolff | Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 4. Bd.: Das
Familienrecht, 7. Aufl., Marburg 1931 |
| Enneccerus-Nipperdey | Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd.: Allge-
meiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Halbbd.,
15. Aufl., Tübingen 1960 |
| Erman-Goerke (Hrsg.) | Gleichberechtigungsgesetz, Münster/Westf. 1958

Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
2. Aufl., Münster/Westf. 1958 |

Eyermann-Fröhler	Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Aufl., München-Berlin 1962
Fehr	Die elterliche Gewalt. Eine rechtsvergleichende Darstellung nach österreichischem, schweizerischem und französischem Recht, Diss. Köln 1937
Firsching	Handbuch der amtsgerichtlichen Praxis, Bd. 5: Familienrecht, 2. Aufl., München-Berlin 1962
Fleig	Das Elternrecht im Bonner Grundgesetz, Freiburg 1953
Flitner	Verstehen wir unsere Kinder wirklich?, in: Das Kind in unserer Zeit, hrsg. von Rich. Bamberger, S. 185 ff., Stuttgart 1958
Forsthoff	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd.: Allgemei- ner Teil, 8. Aufl., München-Berlin 1961
Fort, von le	Die ewige Frau, 18. Aufl., München 1957
Friedeberg-Polligkeit	Das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt, 2. Aufl., Berlin 1930
Fröhner-Stackelberg-Eser	Familie und Ehe, Probleme in den deutschen Fa- milien der Gegenwart, Bielefeld 1956
Gaber	Der Staat und die elterlichen Erziehungsrechte, Diss. Heidelberg 1930
Gabert	Das mütterliche und das väterliche Element in der Erziehung, Stuttgart 1949
Geiger	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Berlin-Frankfurt 1952
Gernhuber	Elterliche Gewalt heute, FamRZ 1962, 89 ff. Lehrbuch des Familienrechts, München-Berlin 1964
Gerold	Ehegesetz, Stuttgart-Köln 1950
Gesell-Ilg	Das Kind von fünf bis zehn, Bad Nauheim 1954
Giese	Die Ehe als Rechtsgut, in: Giese-Willy, Mensch- Geschlecht-Gesellschaft, S. 681 ff., Frankfurt 1954

Gigon	Die Zuteilung der Kinder aus geschiedenen und getrennten Ehen, med. Diss. Basel 1938
Glücksmann-Lüdy	Müterschicksale sind Kinderschicksale, UJ 1956, 2 ff.
Godin, von	Ehegesetz, 2. Aufl., Berlin 1950
Göppinger	Eingriffe des Vormundschaftsgerichts in das Elternrecht (Art. 6 GG), FamRZ 1959, 397 ff. Die Übertragung der elterlichen Gewalt auf die uneheliche Mutter, FamRZ 1961, 516 ff.
Graupner	Söhne und Töchter, München 1957
Guggemos	Über die Grenzen des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts gemäß Art. 104 GG, FamRZ 1960, 478 f.
Habscheid	Die Rechtsprechung zum Eheauflösungsrecht, FamRZ 1958, 202 ff.
Hadriga	Kinder ohne Eltern, Wien 1956
Häring	Soziologie der Familie, Salzburg 1954
Haffter	Kinder aus geschiedenen Ehen, 2. Aufl., Bern-Stuttgart 1960 Ehescheidung und Kinderschicksal, in: Giese-Willy, Mensch-Geschlecht-Gesellschaft, S. 670 ff., Frankfurt 1954 Referat auf dem 4. Kongreß "Das schwer erziehbare Kind" in Düsseldorf 1955, Wiedergabe in PrKps 1955, 315 f.
Haller	Die Erwerbstätigkeit deutscher Mütter, UJ 1958, 260 ff.
Haller, von	Die Bedeutung des kindlichen Zärtlichkeitsbedürfnisses für die Entwicklung des Gemütes, PrKps 1955, 247 ff.
Hamann	Das Grundgesetz, 2. Aufl., Neuwied-Berlin 1961
Hanselmann	Einführung in die Heilpädagogik, 4. Aufl., Zürich 1953

- Hasselmann-Kahlert Einige Beobachtungen bei entwurzelten Kleinst- und Kleinkindern, PrKps 1953, 15 ff.
Das entwurzelte Kind, Stuttgart 1955
- Hauser Die Wahrung der Kindesinteressen im Ehescheidungsprozeß, SchwJZ 1938/39, 257 ff.
Ehescheidung und Kindernot, Zürich 1940
- Hecker Eheschließungen und Ehescheidungen 1946 bis 1956 in Hessen nach der Religionszugehörigkeit der Ehepartner, Staat und Wirtschaft in Hessen 1958, 95 ff.
- Heer Die Wiedergeburt des Vaters, Stimmen der Zeit 1950/51 (76. Jahrg.), 321 ff.
- Heinen Mutter in dieser Zeit, 1. Buch: Im häuslichen Kreis, Nürnberg 1956
- Heintz-König (Hrsg.) Soziologie der Jugendkriminalität, Köln-Opladen 1957
- Hessen im Wandel der letzten 100 Jahre, 1860-1960, hrsg. vom Hessischen Statistischen Landesamt, Wiesbaden 1960
- Hetzer Kind und Jugendlicher in der Entwicklung, 4. Aufl., Berlin-Hannover-Darmstadt 1956
Kindheit und Armut, 2. Aufl., Leipzig 1937
Mütterlichkeit, Leipzig 1937
- Heusler Institutionen des Deutschen Privatrechts, Bd. 1 und 2, Leipzig 1885, 1886
- Hinderling Das schweizerische Ehescheidungsrecht, Zürich 1952
- Hodes Artikel 120 der Deutschen Reichsverfassung, Diss. Frankfurt 1932
- Hoecherl Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe der Eltern, Diss. Erlangen 1936
- Hoenig Die Stiefelternfamilie, Zeitschrift für Kinderforschung 1929 (Bd. 35), 187 ff.
- Hoffmann Änderungsvorschläge zu den eherechtlichen Bestimmungen des geplanten Familienrechtsgesetzes, NJW 1953, 127 ff.

Hoffmann-Stephan	Ehegesetz, München-Berlin 1950
Hohermuth	Das Kind in der Ehescheidungsfamilie, Schweizerische Zeitschrift für Gemeinnützigkeit 1937
Hollenbach	Die naturrechtliche Grundlage des Elternrechtes, in: Ehe und Familie, hrsg. von Julius Dorneich, 2. Bd., Sp. 699 ff., Freiburg 1959
Holstein	Elternrecht, Reichsverfassung und Schulverwal- tungssystem, AöR Bd. 51 S. 187 ff.
Huth (Hrsg.)	Ehegesetz, Dresden 1948
Imlau	Sorgerechtsverfahren nach Wiederheirat der sorge- berechtigten Kindesmutter, DRZ 1947, 394 ff.
Ischinger	Personensorge bei geschiedener Ehe nach Wieder- verheiratung der Mutter, Rpfl 1951, 11 ff.
Jansen	FGG, Berlin 1959
Joppich	Das Kind im Jahrhundert des Kindes, Göttingen 1957
Jung, C.G.	Die Bedeutung des Vaters für das Schicksal des einzelnen, 3. Aufl., Zürich 1949
Junghanns	Zum Sorge- und Verkehrsrecht nach dem Ehe- gesetz, DR 1941, 185 f.
Keidel	Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7. Aufl., München-Berlin 1959
Kenntner	Probleme der Statistik der Jugendhilfe, ZBlJR 1959, 165 ff.
Kistler	Ehescheidung und Kinderschicksal, Bern 1937
Klang-Gschnitzer (Hrsg.)	Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 2. Halbbd., Wien 1962
Klumker	Artikel 120. Elternrecht, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, hrsg. von Hans C. Nipperdey, 2. Bd., S. 95 ff., Berlin 1930
Knitschky	Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem BGB, Berlin 1899

- | | |
|-----------------------|--|
| Köhne | Elterliche Gewalt und Vormundschaft im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Gruch Bd. 40 S. 597 ff. |
| König | Materialien zur Soziologie der Familie, Bern 1946
Soziologie der Familie, in: Soziologie, hrsg. von Gehlen-Schelsky, Düsseldorf 1955 |
| Kohler | Gutachten über die Frage: Soll an Stelle der väterlichen Gewalt eine der Mutter subsidiär zustehende elterliche Gewalt im bürgerlichen Gesetzbuch aufgenommen werden? und mit welchen Modalitäten?, in: Vhdlgen des 19. Deutschen Juristentages, Bd. 2 S. 220 ff., Berlin-Leipzig 1888 |
| Kraut | Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des Deutschen Rechts, 2. Bd., Göttingen 1847 |
| Krüger, Herbert | Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten, DVBl 1953, 97 ff. |
| Krüger, Hildegard | Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt, FamRZ 1956, 329 ff. |
| Krüger-Breetzke-Nowak | Gleichberechtigungsgesetz, München-Berlin 1958 |
| Kühn | Psychologische Untersuchungen über das Stiefmutterproblem, Zeitschrift für angewandte Psychologie, Beiheft 45, Leipzig 1929 |
| Laforge | Das Kind in der modernen Welt, PrKps 1957, 229 ff. |
| Lange | Die Lücke im Kindschaftsrecht, NJW 1961, 1889 ff. |
| Langefeld | Die Beziehungen der Eltern zum Kind, in: Das Kind in unserer Zeit, hrsg. von Rich. Bamberger, S. 37 ff., Stuttgart 1958 |
| Leclercq-David | Die Familie, Freiburg 1955 |
| Lehmann, Heinrich | Deutsches Familienrecht, 3. Aufl., Berlin 1960 |
| Lehmann, Karl | Die elterliche Gewalt im Vermögensrecht des heutigen Europa, JJ Bd. 25 S. 142 ff. |

- | | |
|-----------------------|---|
| Lempp | Noch einmal: Kindeswohl und Kindeswille,
NJW 1964, 440 f. |
| | Das Wohl des Kindes in §§ 1666 und 1671 BGB,
NJW 1963, 1659 ff. |
| Lent | Die rein prozessuale Bedeutung des Anerkennt-
nisses, in: Festgabe für Leo Rosenberg, S. 123 ff.
München-Berlin 1949 |
| | Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Aufl.,
München-Berlin 1958 |
| | Das Klagverzicht, DRZ 1948, 9 ff. |
| Lent-Jauernig | Zivilprozeßrecht, 10. Aufl., München-Berlin
1961 |
| Lersch | Vom Wesen der Geschlechter, München 1947 |
| Lippert | Jugend der Gegenwart, Hamburg 1948 |
| Mangoldt, von | Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner
Grundgesetzes, AÖR Bd. 75 S. 273 ff. |
| Mangoldt, von - Klein | Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl.,
Berlin-Frankfurt 1957 |
| Maret | Die Rechtsstellung der Kinder aus geschiedenen
Ehen und ihre Reformmöglichkeiten,
Diss. Köln 1937 |
| Marsson | Das Alter der Religionsmündigkeit, DJZ 1921,
56 f. |
| Marthaler | Essai sur le droit aux relations personnelles plus
communément appelé droit de visite,
Diss. Neuchâtel 1963 |
| Maßfeller | Das Gleichberechtigungsgesetz mit Ausnahme
des ehelichen Güterrechts, DNotZ 1957, 342 ff. |
| | Das großdeutsche Ehegesetz, 2. Aufl.,
Berlin 1943 |
| Maßfeller-Reinicke | Zu dem Entwurf eines Gesetzes über die Gleich-
berechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete
des bürgerlichen Rechts (Gleichberechtigungsge-
setz - GleichberG), BANz 1957 Nr. 59 Beilage |

Maßfeller-Reinicke	Das Gleichberechtigungsgesetz, Köln-Berlin 1958
Maunz	Deutsches Staatsrecht, 10. Aufl., München-Berlin 1961 Die verfassungsrechtliche Gewähr von Ehe und Familie (Art. 6 GG), FamRZ 1956, 1 ff. Starke und schwache Normen in der Verfassung, in: Festschrift für Wilhelm Laforet, Veröffentli- chungen des Instituts für Staatslehre und Politik e.V., Bd. 3: Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, S. 141 ff., München 1952
Maunz-Dürig	Grundgesetz, München-Berlin 1958 ff.
Maurach	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1958
Maurer	Privatrechtliches Unterbringungsrecht, FamRZ 1961, 248 f.
Maury	Elterliche Erziehungsgewalt und öffentliche Schul- gewalt nach deutschem Recht, Breslau 1931
Mayntz	Die moderne Familie, Stuttgart 1955
Mehl	Die Wacht der staatlichen Gemeinschaft, in: Ausstöße, Berichte aus der Arbeit der Evangelischen Akademie Hofgeismar, 1959, Nr. 3 S. 60 ff.
Mehringer	Kann eine Mutter ersetzt werden?, UJ 1951, 102 ff.
Meier	Mehr Fürsorge für Kinder aus getrennten und ge- schiedenen Ehen, UJ 1951, 257 ff. Sollen die Kinder aus aufgelösten Ehen weiter Stiefkinder des Schicksals bleiben?, ZBlJR 1959, 161 ff.
Mendelsohn	Wie sieht das Kind die Welt des Hauses und der Eltern?, PrKps 1959, 88 ff.
Messerer	Streitfragen im Sorgerechtsverfahren nach Ehe- scheidung, UJ 1951, 251 ff.
Methner	Ehe- und Testamentsrecht, Breslau 1939

- Meyer Die Rechtsstellung des Kindes im Scheidungs-
prozeß der Eltern, UJ 1953, 385 ff. und 455 ff.
- Michaelis Das neue Ehegesetz, Berlin 1947
- Michel Vom Sinn der Ehe, in: Giese-Willy, Mensch-
Geschlecht-Gesellschaft, S. 630 ff.,
Frankfurt 1954
- Middendorf Jugendhilfe in Zahlen, UJ 1953, 169 f.
Jugendkriminologie, Ratingen 1956
- Mitteis Bürgerliches Recht, Familienrecht, 4. Aufl.,
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949
- Mößmer Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechtes,
Berlin 1936
Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechtes,
ZAKDR 1936, 74 ff.
Neugestaltung des Ehescheidungsrechtes, JW 1936,
353 ff.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche
Reich, Bd. IV: Familienrecht, Berlin-Leipzig
1888
- Müller, Friedrich Rechtsfragen der vormundschaftsgerichtlichen
Praxis, DFG 1944, 81 ff.
- Müller, K.F. Wilhelm Einführung in das Ehe- und Familienrecht nach
dem Gleichberechtigungsgesetz, Berlin-Neuwied-
Darmstadt 1957
- Müller-Eckhard Das unverstandene Kind, 2. Aufl., Stuttgart 1954
- Müller-Freienfels Ehe und Recht, Tübingen 1962
Der Einfluß der Schuldigerklärung auf die Rege-
lung der elterlichen Gewalt, JZ 1959, 339 ff.
und 396 ff.
Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen
1955
- Munk Vorschläge zur Umgestaltung des Rechts der Ehe-
scheidung und der elterlichen Gewalt nebst Gesetz-
entwurf, Berlin 1923

Maßfeller-Reinicke	Das Gleichberechtigungsgesetz, Köln-Berlin 1958
Maunz	Deutsches Staatsrecht, 10. Aufl., München-Berlin 1961 Die verfassungsrechtliche Gewähr von Ehe und Familie (Art. 6 GG), FamRZ 1956, 1 ff. Starke und schwache Normen in der Verfassung, in: Festschrift für Wilhelm Laforet, Veröffentli- chungen des Instituts für Staatslehre und Politik e.V., Bd. 3: Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, S. 141 ff., München 1952
Maunz-Dürig	Grundgesetz, München-Berlin 1958 ff.
Maurach	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1958
Maurer	Privatrechtliches Unterbringungsrecht, FamRZ 1961, 248 f.
Maury	Elterliche Erziehungsgewalt und öffentliche Schul- gewalt nach deutschem Recht, Breslau 1931
Mayntz	Die moderne Familie, Stuttgart 1955
Mehl	Die Wacht der staatlichen Gemeinschaft, in: Ausstöße, Berichte aus der Arbeit der Evangelischen Akademie Hofgeismar, 1959, Nr. 3 S. 60 ff.
Mehringer	Kann eine Mutter ersetzt werden?, UJ 1951, 102 ff.
Meier	Mehr Fürsorge für Kinder aus getrennten und ge- schiedenen Ehen, UJ 1951, 257 ff. Sollen die Kinder aus aufgelösten Ehen weiter Stiefkinder des Schicksals bleiben?, ZBJR 1959, 161 ff.
Mendelsohn	Wie sieht das Kind die Welt des Hauses und der Eltern?, PrKps 1959, 88 ff.
Messerer	Streitfragen im Sorgerechtsverfahren nach Ehe- scheidung, UJ 1951, 251 ff.
Methner	Ehe- und Testamentsrecht, Breslau 1939

- Meyer Die Rechtsstellung des Kindes im Scheidungs-
prozeß der Eltern, UJ 1953, 385 ff. und 455 ff.
- Michaelis Das neue Ehegesetz, Berlin 1947
- Michel Vom Sinn der Ehe, in: Giese-Willy, Mensch-
Geschlecht-Gesellschaft, S. 630 ff.,
Frankfurt 1954
- Middendorf Jugendhilfe in Zahlen, UJ 1953, 169 f.
Jugendkriminologie, Ratingen 1956
- Mitteis Bürgerliches Recht, Familienrecht, 4. Aufl.,
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949
- Mößmer Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechtes,
Berlin 1936
Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechtes,
ZAKDR 1936, 74 ff.
Neugestaltung des Ehescheidungsrechtes, JW 1936,
353 ff.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche
Reich, Bd. IV: Familienrecht, Berlin-Leipzig
1888
- Müller, Friedrich Rechtsfragen der vormundschaftsgerichtlichen
Praxis, DFG 1944, 81 ff.
- Müller, K.F. Wilhelm Einführung in das Ehe- und Familienrecht nach
dem Gleichberechtigungsgesetz, Berlin-Neuwied-
Darmstadt 1957
- Müller-Eckhard Das unverstandene Kind, 2. Aufl., Stuttgart 1954
- Müller-Freienfels Ehe und Recht, Tübingen 1962
Der Einfluß der Schuldigerklärung auf die Rege-
lung der elterlichen Gewalt, JZ 1959, 339 ff.
und 396 ff.
Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen
1955
- Munk Vorschläge zur Umgestaltung des Rechts der Ehe-
scheidung und der elterlichen Gewalt nebst Gesetz-
entwurf, Berlin 1923

- Munzinger Sorgerechtsverfahren nach geschiedener Ehe, SJZ 1949, 98 ff. und SJZ 1950, 401 ff.
- Nawiasky Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart-Köln 1950
- Nitschke in: Schubert "Die Familie heute", UJ 1956, 419 ff. (421)
Der Raum ohne Druck und Not, UJ 1956, 241 ff.
- Niclas Die Verteilung der elterlichen Gewalt im Falle der Ehescheidung ZBlJR 1963, 48 ff.
- Nowka Kindesgefährdung durch das "Verkehrsrecht" gemäß § 1634 BGB n.F., FamRZ 1960, 218 ff.
- Opet Das Verwandtschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Berlin 1899
- Opet-v. Blume Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1906
- Ottendorff Der Erziehungsanspruch des Kindes nach § 1 des Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes, Diss. Frankfurt 1927
- Otto Herausgabe des Kindes nach Scheidung der Ehe, Rpfl 1948/49, 355 ff.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, bearb. von Danckelmann, Gramm, Lauterbach u.a., 21. Aufl., München-Berlin 1962
- Pereles Die Bedeutung des Vaters für die Entwicklung des Kindes, PrKps 1953, 302 ff.
- Peters Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in: Festschrift für Rudolf Laun, Hamburg 1953, S. 669 ff.
Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 4. Bd., S. 369 ff., Berlin 1960
Die natürliche und rechtliche Grundlegung der Kinder- und Jugendberufshilfe, -genesungs- und heilfürsorge, JuWo 1955, 122 ff.

Pfaff	in: Verhandlungen des 19. Deutschen Juristentages, 2. Bd., S. 153 ff., Berlin-Leipzig 1888
Pfordten, von der	Gesetz über die religiöse Kindererziehung, München 1922
Pfundtner-Neubert	Das neue deutsche Reichsrecht, Berlin 1933 ff.
Pick	Kinder aus geschiedenen Ehen, Diss. Köln 1935
Planitz	Grundzüge des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949
Portmann	Die Menschengenese im System der Biologie, in: Das Kind in unserer Zeit, hrsg. von Rich. Bamberger, S. 7 ff., Stuttgart 1958
Potrykus	Jugendwohlfahrtsgesetz, München-Berlin 1953 Religiöse Kindererziehung und Gleichberechtigungsgesetz, ZBlJR 1959, 100 ff.
Prestel	in: Thomae-Hagen-Coerper, Deutsche Nachkriegskinder, Stuttgart 1954
Prietzl	Geschiedene Ehegatten und ihre gemeinsamen minderjährigen Kinder, Diss. FU Berlin 1952
Prose	Die Familie 1951. Eine Beschreibung ihrer wichtigsten Merkmale, in: Frankfurter Hefte, 6. Jahrgang (1951), S. 264 ff.
Raiser	Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465 ff.
Reichel	Verzicht auf die elterliche Gewalt, Recht 1914, 355 f.
Rexroth	Das neue Recht der Ehescheidung, JW 1938, 2080 ff.
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar von Reichsgerichtsräten, 9. Aufl., IV Bd.: Familienrecht, Berlin 1940
Ridder	Meinungsfreiheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 2. Bd., S. 243 ff., Berlin 1954

- | | |
|--------------------|--|
| Riedel | Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, Siegburg 1953 |
| | Jugendwohlfahrtsgesetz, 2. Aufl., Berlin 1955 |
| | Personensorgerecht und Verschulden bei der Ehescheidung, JR 1950, 353 ff. |
| | Die Personensorge bei Kindern aus geschiedener Ehe, UJ 1949, Nr. 6 S. 17 ff. |
| | Einige Wünsche zur Familienrechtsreform, UJ 1956, 19 ff. |
| | Das Recht der Kinder aus geschiedenen Ehen, Berlin-Neuwied-Darmstadt 1960 |
| | Die Rechtsprechung des BGH zu § 74 EheGes., DRiZ 1952, 7 f. |
| | Sorgerechtsregelung nach geschiedener Ehe, ZBlJR 1952, 1 ff. |
| Riel, de | Große Brüder, UJ 1950, 127 ff. |
| Roch | Verträge über Ehescheidungsfolgen, Berlin 1926 |
| Roquette | Eheaufhebung und Ehescheidung nach dem neuen Gesetz vom 6.7.1938, Berlin 1938 |
| Rosenberg | Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München-Berlin 1961 |
| Rothe | Ein neuer gesetzlicher Anspruch auf Erziehung und Ausbildung?, UJ 1958, 194 ff. |
| Roudinesco-Nicolas | Responses of young children to separation from their mother, Paris 1952 |
| Rühle | Das Stiefkind, Dresden 1927 |
| Saller | Zivilisation und Sexualität, Stuttgart 1956 |
| Savatier | Die juristische Realität des "Wesens der Familie" und ihre Postulate, in: Vom Wesen und Geheimnis der Familie, hrsg. von Jean Viollet, Salzburg 1952 |
| Scanzoni, von | Das Großdeutsche Ehegesetz, 3. Aufl., Berlin 1943 |

- Seibert Personensorge und Ehegesetz, DJ 1939, 602 f.
- Seipp Die Rechtsstellung des jungen Menschen in Familie, Schule und Beruf, Berlin-Neuwied-Darmstadt 1957
- Senti Ehescheidungen in Zürich, in: Zürcher Statistische Nachrichten 1948, Heft 2, S. 55 ff.
- Seuffert-Walsmann Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 1. Bd., 12. Aufl., München 1932
- Siebert Elterliche Gewalt und Gleichberechtigung, NJW 1955, 1 ff.
- Siebert Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, Marburg 1934
- Simons Der Verzicht im Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Köln 1935
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, III. Bd.: Sachenrecht, Familien- und Erbrecht, 8. Aufl., Stuttgart-Köln 1954
- Sohm Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, bearb. von Ludwig Mitteis, 17. Aufl., Berlin 1923, unveränderter Neudruck 1949
- Speck Kinder brauchen auch den Vater, UJ 1958, 269 ff.
- Spitz Die Bedeutung der ersten Lebensjahre, in: Das Kind in unserer Zeit, hrsg. von Rich. Bamberger, S. 21 ff., Stuttgart 1958
- Spitz Die Entstehung der ersten Objektbeziehungen, Stuttgart 1957
- Spranger Gedanken zur Daseinsgestaltung, München 1954
- Spranger Psychologie des Jugendalters, 25. Aufl., Heidelberg 1957
- Scheffler Ehe und Familie, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 4. Bd., S. 245 ff., Berlin 1960

Scheidegger	Ehe und Ehescheidung, Basel 1952
Schelsky	Wandlungen der deutschen Familie in der Gegenwart, 4. Aufl., Stuttgart 1960
Schiedermair	Die Wirkung der Anfechtung von Zwischenurteilen nach §§ 275, 304 ZPO auf das Endurteil, Jur. Schulung 1961, 212 ff.
Schilling	Jugendschutz und Elternrecht, ZBlJR 1956, 280 ff.
Schlegelberger	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1. Bd., 7. Aufl., Köln-Berlin 1956
Schnitzerling	Die vormundschaftsrichterlichen Erziehungsaufgaben, Berlin-Neuwied-Darmstadt 1959 Die vormundschaftsrichterlichen Maßnahmen zur Sicherstellung der religiösen Erziehung, RdJ 1959, 118 ff.
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, 10. Aufl., München-Berlin 1961
Schönke-Schröder-Niese	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., Karlsruhe 1956
Schottlaender	Die Mutter als Schicksal, Stuttgart 1947
Schraml	Zum Problem der frühen Mutter-Kind-Trennung, PrKps 1954, 243 ff.
Schreiber	Entwicklungs- und Erziehungsprobleme von Kindern aus geschiedenen Ehen, PrKps 1954, 53 ff.
Schubert	Können bei der Entscheidung über das Sorgerecht und die Verkehrsregelung nach §§ 74, 75 EheG politische Gesichtspunkte berücksichtigt werden, wenn ein Elternteil in Westberlin, der andere in Ostberlin wohnt?, JR 1952, 98 ff.
Schwarzhaupt	Änderungen im Verwandtschaftsrecht: Unterhaltsrecht - Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder - Adoption, FamRZ 1957, 65 ff.
Schwind	Kommentar zum österreichischen Eherecht, Wien 1951

Zur Auslegung des § 74 IV EheG, DRZ 1950, 352 ff.

Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe, FamRZ 1954, 120 ff.

Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe und bei Getrenntleben der Eltern (§§ 1671, 1672 BGB n.F.), FamRZ 1958, 433 ff.

Der Einfluß der Scheidungsschuld auf die Sorgerechtszuteilung, NJW 1951, 861 ff.

Der Einfluß von Störungen in der elterlichen Gewalt des einen Elternteils auf die elterliche Gewalt des anderen Elternteils nach altem Recht, Zwischenrecht und neuem Recht, FamRZ 1958, 41 ff.

Gleichberechtigung und richterliche Praxis, Justiz 1957, 321 ff.

Kindeswohl und Kindeswille, NJW 1964, 5 ff.

Die Rechtsprechung des BGH zu § 74 EheG, JZ 1953, 15 ff.

Zur Reform des § 74 EheG, ZBlJR 1953, 11 ff.

Sorgerechtsregelung auf Grund Elternvorschlags, JZ 1951, 709 ff.

Die Sorgerechtszuteilung bei Scheidung aus alleinigem oder überwiegendem Verschulden eines Elternteils, AcP Bd. 151 S. 122 ff.

Übersicht über die Rechtsprechung zu § 74 EheG seit Anfang 1954, EJF A III Nr. 6

Die Voraussetzungen der Volljährigkeits- und der Ehemündigkeitserklärung, Justiz 1962, 27 ff.

Die Zuteilung der elterlichen Gewalt nach Scheidung der Ehe, JR 1952, 269 ff.

Zwischen- und Übergangslösungen der Sorgerechtsregelung nach geschiedener Ehe, NJW 1952, 284 ff.

- Stampfli Die unvollständige Familie, Zürich 1951
- Statistisches Handbuch für das Land Hessen, 1958,
hrsg. vom Hessischen Statistischen Landesamt,
Wiesbaden; Frankfurt 1958
- Statistisches Handbuch für die Republik Österreich,
1959, 1960, 1961, hrsg. vom Österreichischen
Statistischen Zentralamt, Wien 1959, 1960, 1961
- Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland,
1960 und 1961, hrsg. vom Statistischen Bundesamt,
Wiesbaden; Stuttgart-Mainz 1960, 1961
- Statistisches Jahrbuch der Deutschen Demokratischen Republik,
1959 und 1960, hrsg. von der Staatlichen Zentral-
verwaltung für Statistik, Berlin 1959, 1960
- Statistisches Jahrbuch Frankfurt a.M., 1959, 1960,
hrsg. vom Statistischen Amt und Wahlamt der
Stadt Frankfurt a.M., Frankfurt 1959, 1960
- Statistisches Jahrbuch der Schweiz, 1959/60, und 1961,
hrsg. vom Eidgenössischen Amt, Bern;
Basel 1960, 1961
- Staudinger, von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IV. Bd.:
Familienrecht, 2. Teil, 9. Aufl., München-
Berlin-Leipzig 1926, und Bd. IV: Familienrecht,
Teil 3a, Lfg. 3, 10./11. Aufl., Berlin 1964
- Stein-Joest-Dombois Elternrecht, Heidelberg 1958
- Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung, bearb. von
Schönke und Pohle, 18. Aufl., Tübingen 1953,
1956
- Stern Beitrag zur Psychologie des Stiefkindes, Zeit-
schrift für Kinderforschung 1928 (34. Bd.)
S. 144 ff.
- Die Beziehungen zwischen Mutter und Kind,
PrKps 1958, 50 ff.
- Stirnimann Das Kind und seine früheste Umwelt,
Psychologische Praxis Heft 6 (1947),
Basel 1947

- | | |
|---------------|---|
| Stocker | Zeit- und Streitfragen im Ehescheidungsrecht,
SchwJZ 1951, 1 ff. |
| Storck | Die unvollständige Familie und die zerrüttete
Familie als soziologisches, pädagogisches und
fürsorgerisches Problem, Bericht auf der zweiten
internationalen Konferenz für soziale Arbeit in
Frankfurt a.M., 1932, Karlsruhe 1933 |
| Strebel | Geschiedene Ehen, 2. Aufl., Luzern 1943 |
| Strippelmann | Das Ehescheidungsrecht, nach gemeinem und
insbesondere nach hessischem Rechte, Kassel 1854 |
| Tägert | Psychologische Gutachten im Ehescheidungsprozeß,
Psychologische Rundschau 1958, -155 ff. |
| Tuhr, von | Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen
Rechts, 2. Bd., 1. Hälfte, Darmstadt 1957,
unveränderter Nachdruck der 1914 erschienenen
1. Auflage |
| Undeutsch | Die Entwicklung des Kindes, in: Das Kind in
unserer Zeit, hrsg. von Rich. Bamberger,
S. 55 ff., Stuttgart 1958 |
| Volkmar u. a. | Großdeutsches Eherecht, München-Berlin 1939 |
| Volkmar | Das neue Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht,
DJ 1938, 1145 ff. |
| Wagner | Die Neuregelung der elterlichen Gewalt für das
Altreich nach dem neuen Ehegesetz, DJ 1939,
412 ff. |
| Wallenstein | Kindheit und Jugend als Erziehungsaufgabe,
3. Aufl., Freiburg 1958 |
| Walsmann | Der Verzicht, Leipzig 1912 |
| Wand | Die Ehescheidungen in Hessen 1952, Staat und
Wirtschaft in Hessen, 1953, 65 ff. |
| Wanner | Mutter-Kind-Beziehung in ihrer Bedeutung für die
seelisch-geistige Gesundheit, Zürich 1956 |
| Weber | Die Verwaisung,
UJ 1952, 285 ff. |

Weil	Die Einwurzelung. Einführung in die Pflichten dem menschlichen Wesen gegenüber, München 1956; Titel der franz. Originalausgabe: L'Enracinement
Weininger	Geschlecht und Charakter, 19. Aufl., Wien-Leipzig 1920
Welzel	Das deutsche Strafrecht, 6. Aufl., Berlin 1958
Wertenbruch	Der Grundrechtsbegriff und Art. 2 Abs. 1 GG, DVBl 1958, 481 ff.
Wickes	Analyse der Kindesseele, Stuttgart 1931; Titel der amerikan. Originalausgabe: Inner World of Childhood, 1927
Wieczorek	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Bd. I, Teil 1, Berlin 1957
Wiesner	Eine Gefahr für die "verfassungsmäßige Ordnung". Zur Praxis der Ehescheidung, FamRZ 1961, 165
Willy	Männlich und Weiblich, in: Giese-Willy, Mensch-Geschlecht-Gesellschaft, S. 32 ff., Frankfurt 1954
Wintrich	Die Bedeutung der "Menschenwürde" für die Anwendung des Rechts, BayVerwBl 1957, 137 ff.
Wolf (Ernst)-Lüke-Hax	Scheidung und Scheidungsrecht, Tübingen 1959
Wolff	Die Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, 1754
Würtenberger	Recht und Erziehung; Bedeutung ihrer Beziehungen zueinander für ein künftiges Jugendhilfegesetz, NDV 1959, 168 ff.
Wuzel	Rechtsfolgen der Ehescheidung nach neuem Recht, Diss. Göttingen 1940
Young	Personality Pattern in unmarried mothers, in: Understanding the psychology of the unmarried mother, Family Service Association of America, 1947
Zillken-Weingarten	Gibt es unerziehbare Minderjährige?, Neue Schriftenreihe des Allgemeinen Fürsorgeerziehungstages e.V., Heft 5, 1953, Hannover-Kleefeld 1953

Zimmermann

Die Stellung des Kindes im neuen Familienrecht,
UJ 1957, 485 ff. und 533 ff.

Zöller (Hrsg.)

Zivilprozeßordnung, 9. Aufl., München 1958

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
AGJJ-Mitteilungen	Mitteilungen der Arbeitsgemeinschaft für Jugendpflege und Jugendfürsorge
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
BAnz	Bundesanzeiger
BayJMBI	Bayerisches Justizministerialblatt
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerwBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Bonner Kommentar
BR	Bundesrat
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DAVorm	Der Amtsvormund
DFG	Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit
DJ	Deutsche Justiz
DJH	Deutsche Jugendhilfe
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRspr	Deutsche Rechtsprechung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
EJF	Entscheidungen aus dem Jugend- und Familienrecht
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht

FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. 5. 1898
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949
GJS	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften vom 9. 6. 1953
GlBerG	Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 18. 6. 1957
Gruch	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
Hans RGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
JMBINRW	Justizministerialblatt des Landes Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
Jur. Schulung	Juristische Schulung
JurTg	Deutscher Juristentag
Justiz	Die Justiz, Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg
JuWo	Jugendwohl, Katholische Zeitschrift für Kinder- und Jugendfürsorge
JW	Juristische Wochenschrift
JWG	Jugendwohlfahrtsgesetz vom 11. 8. 1961
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, hrsg. von Lindenmaier und Möhring
LVG	Landesverwaltungsgericht
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mot	Motive zum BGB
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege
NDV	Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge
NJ	Neue Justiz

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
ÖV	Die Öffentliche Verwaltung
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
OVG	Oberverwaltungsgericht
PrALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
PrKps	Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie
Psycholog. Rdschau	Psychologische Rundschau
Psycholog. Prax	Psychologische Praxis
RdJ	Recht der Jugend
Recht	Das Recht
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RJA	Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zusammengestellt im Reichsjustizamt
RJWG	Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt vom 9.7.1922
RKEG	Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15.7.1921
Rpfl	Der Deutsche Rechtspfleger
SächsAnn	Annalen des Königlich Sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchlHJMBI	Schleswig-Holsteinisches Justizministerialblatt
SchlHOLG	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht
SchwJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
SRZ	Saarländische Rechtszeitschrift
StGB	Strafgesetzbuch
u. a.	und andere - unter anderem
UJ	Unsere Jugend, Zeitschrift für Jugendhilfe in Wissenschaft und Praxis
Warn	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZBIFG	Zentralblatt für die Freiwillige Gerichtsbarkeit
ZBJR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt
Ztschr. f. ev. KirchR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZJBIZ	Zentraljustizblatt für die britische Zone
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

EINLEITUNG

Wird eine Ehe geschieden oder leben die Eheleute dauernd getrennt, so wirft vor allem das Schicksal der Kinder dieser Ehegatten immer wieder neue Probleme auf. In vielen Fällen streiten Vater und Mutter erbittert darum, wer von ihnen die Kinder erhalten solle. Ärzte, Psychologen, Pädagogen und Juristen bemühen sich, den von der Trennung der Eltern vielfach schwer getroffenen Kindern eine gedeihliche Entwicklung zu sichern. Im Laufe der Jahre sind sehr verschiedene Regelungen dieser Problematik Gesetz geworden.

Den rechtlichen Problemen, die sich im Rahmen der in Betracht kommenden Vorschriften stellen, gilt die folgende Untersuchung. Infolgedessen werden bei der Behandlung der verschiedenen hierbei auftretenden Fragenkomplexe zwar auch ärztliche, psychologische und pädagogische Aspekte berücksichtigt, denn ohne sie wäre die Darstellung unvollständig. Aber auf ihnen kann nicht das Hauptgewicht der Untersuchung liegen. Allein eine abgewogene Synthese zwischen rechtlicher und außerrechtlicher Betrachtung wird dem hier gestellten Thema gerecht.

ERSTER TEIL

G R U N D L E G U N G

Ihre gesetzliche Regelung findet die Verteilung der elterlichen Gewalt in den §§ 1671, 1672 BGB.

Im Falle der Scheidung bestimmt das Vormundschaftsgericht, welchem Elternteil die elterliche Gewalt zustehen soll (§ 1671 I BGB). Es hat dabei sein besonderes Augenmerk auf einen gemeinsamen Vorschlag der Eltern zu richten, von dem es nur abweichen soll, wenn das Wohl des Kindes dies erfordert (§ 1671 II BGB). Im übrigen trifft es die Regelung, die unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem Wohle des Kindes am besten entspricht (§ 1671 III 1 BGB).

Eine Ausnahme davon macht das Gesetz, wenn ein Elternteil im Scheidungs-urteil allein für schuldig erklärt worden ist. In diesem Falle sind die Kinder dem nach dem Urteil schuldlosen Teil zuzuteilen, sofern keine schwerwiegenden Gründe dagegen sprechen (§ 1671 III 2 BGB).

Gedankliche Voraussetzung für die §§ 1671, 1672 BGB ist der Umstand, daß weder mit der Scheidung noch mit der tatsächlichen Trennung der Ehegatten eine Veränderung in der bis dahin beiden Elternteilen zustehenden elterlichen Gewalt eintritt. Da jedoch ein Fortbestehen dieser gemeinschaftlichen elterlichen Befugnis in beiden Fällen nicht im Interesse des Kindes liegt und die Eltern die Frage der Kindererziehung in der Regel nicht dauerhaft lösen, bedarf es gesetzlicher Vorschriften, auf Grund deren entschieden werden kann, in wessen Hand nunmehr Pflege und Erziehung der gemeinschaftlichen Kinder liegen sollen. Zwar könnten Zweifel bestehen, ob bei dauernder Trennung der Ehegatten dem Kindeswohl durch eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts wirklich gedient wird. Es kann nämlich oft nicht ausgeschlossen werden, daß die Eltern sich trotz ihrer Trennung wieder aussöhnen. Befindet nun das Gericht über die Verteilung der Kinder, so wird dieser Spruch die Eltern in vielen Fällen weiter entzweien und damit sehr oft verhindern, daß die Kinder bei einer Versöhnung der Ehegatten wieder in eine voll-gliedrige Familie zurückkehren können. Andererseits muß das Gesetz den Eltern, die sich zwar getrennt haben, aber nicht geschieden sein wollen, die Möglichkeit einräumen, einen gerichtlichen Beschluß über die Zuteilung der Kinder zu erwirken. Dieser Weg darf gerade dann, wenn die Ehegatten sich selbst nicht einigen können, im Interesse der gemeinschaftlichen Kinder nicht verschlossen sein.

Werden nun beide Gesichtspunkte, die Gefahr, daß dem Kind die Rückkehr in die Einheit der Familie verbaut wird, und die Möglichkeit einer objektiven Entscheidung in den Fällen eines nicht behebbaren elterlichen Streites um das Kind, gegeneinander abgewogen, so erscheint letzterer als der gewichtigere. Es muß

nämlich auf jeden Fall verhindert werden, daß das Kind vielleicht während seiner gesamten Jugendjahre dem Streit seiner Eltern um seine Erziehung ausgesetzt ist. Auch bei dauerndem Getrenntleben der Ehegatten kann es daher notwendig sein, die Ausübung der gemeinschaftlichen elterlichen Gewalt auf eine neue Grundlage zu stellen. Das Antragserfordernis des § 1672 BGB sichert, daß diese Neuregelung nur dann erfolgt, wenn wenigstens ein Elternteil selbst sie wünscht.

Ziel dieser Verfahren nach den §§ 1671, 1672 BGB ist es, dem Wohl der durch eine Scheidung oder dauernde Trennung betroffenen Kinder zu dienen. Soweit die genannten Vorschriften die elterliche Gewalt, nach § 1626 II BGB also das Recht und die Pflicht der Eltern, für Person und Vermögen des Kindes zu sorgen, ansprechen, betrifft die richterliche Tätigkeit dem Gesetzeswortlaut nach zwar auch die Rechte der beiden Ehegatten ¹⁾. Im Gegensatz zur väterlichen Gewalt des römischen und des älteren deutschen Rechts ²⁾ wird die elterliche Gewalt heute aber durchweg als ein allein dem Interesse des Kindes dienendes, familienrechtliches Schutzverhältnis aufgefaßt ³⁾. Im Hinblick darauf, daß das unmündige Kind noch nicht die Fähigkeit besitzt, die für sein Leben bedeutsamen Entscheidungen selbst zu treffen, sondern hierzu noch der elterlichen Hilfe und Lenkung bedarf, sind die Eltern lediglich Sachwalter des auch dem Minderjährigen durch Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Persönlichkeitsrechtes ⁴⁾. Die elterliche Gewalt ist also kein Beherrschungsrecht ⁵⁾, das den dinglichen Rechten vergleichbar wäre. Sie gibt den Eltern kein Recht auf den Besitz am Kinde ⁶⁾, wie er ihnen etwa bezüglich ihres Hausrates zusteht. Laienhafte Vorstellungen, das Kind "gehöre" ihnen ebenso wie ihr Mobiliar, sind deshalb verfehlt. Das Kind ist vielmehr selbst Rechtssubjekt und nicht Gegenstand von Rechten Dritter. Zumindest irreführend ist es daher auch, wenn in Lehre und Rechtspre-

1) So Dunz NJW 59, 802 f. (803: "die subjektiven Privatrechte beider Eltern gegeneinander abzugrenzen").

2) Vgl. hierzu Crome a. a. O. 252; Dernburg a. a. O. 894; Enneccerus-Kipp-Wolff a. a. O. § 78 I S. 314 f.; Heilfron a. a. O. 154 f., 901, 903 ff.; Opet a. a. O. 175; Egner a. a. O. 11; Heusler a. a. O. Bd. 2 S. 431; Köhne Gruch Bd. 40 S. 597 ff. (598); Pfaff a. a. O. S. 153 ff. (202); a. A. Fuld Gruch Bd. 38 S. 646; Karl Lehmann JJ Bd. 25 S. 142 ff. (147).

3) Vgl. z. B. Erman-Ronke § 1626 Anm. 1; Gernhuber FamRZ 62, 89 ff. (90); Göppinger in v. Staudinger Vorbem. vor § 1666 Randnote 8; Lehmann a. a. O. 163.

4) So OVG Hamburg NJW 56, 1173; Becker FamRZ 61, 105; Erman-Ronke § 1626 Anm. 1 b; Gernhuber FamRZ 62, 89 ff. (90).

5) Vgl. auch Gernhuber, Lb. S. 504.

6) So allerdings RG Warn 1911 Nr. 2, RGZ 112, 24 und KG JW 29, 870, wo in Fällen der Herausgabeklage das Gericht die Frage eines Rechtes auf den Besitz des Kindes anspricht.

chung ¹⁾ gesagt wird, die elterliche Gewalt sei insoweit ein Recht, als es darum gehe, Eingriffe dritter Personen oder des Staates abzuwehren oder zu verhindern, daß das Kind sich der elterlichen Gewalt entzieht. Mit dieser Formulierung wird ein jeder Verpflichtung, also auch der elterlichen Gewalt, innewohnendes Element, nämlich die Befugnis zur Erfüllung der Verpflichtung, überbewertet. Die elterliche Gewalt steht den Eltern entsprechend ihrem Charakter als Schutzverhältnis nicht um ihrer selbst willen oder als Recht im Sinne einer Herrschaftsbefugnis zu. Sie beinhaltet allein die Pflicht zur Pflege und Erziehung ihres Kindes ²⁾. Ist mithin die Stellung der Eltern eine ganz und gar uneigennützig ³⁾, so kann es in den Fällen der §§ 1671, 1672 BGB - damit wird der Ausgangspunkt der Überlegung wieder erreicht - nicht darum gehen, welchem Elternteil künftig Rechte zustehen sollen. Es handelt sich vielmehr allein um einen richterlichen Spruch, der das Interesse des Kindes an einer gedeihlichen Entwicklung fördern soll; er gründet sich auf die Schutzbedürftigkeit des Kindes sowie auf die Notwendigkeit, dessen Rechte durch eine sachgerechte Entscheidung vor der Gefahr zu bewahren, daß sie unter dem Konflikt der Eltern leiden ⁴⁾.

Die Bedeutung der vormundschaftsrichterlichen Tätigkeit im Rahmen der §§ 1671 f. BGB mag ein Blick auf die Lage der Kinder geschiedener oder dauernd getrennt lebender Ehegatten deutlich machen ⁵⁾.

- 1) Vgl. auch BVerfG E 4, 52 ff. (57) = JZ 55, 114 f.; BayObLG RJA 12, 86; OLG Stuttgart JFG 3, 46 ff. (47); Gernhuber FamRZ 62, 89 ff. (90); Krüger-Breetzke-Nowak § 1626 Anm. 5 und § 1631 Anm. 2; Palandt-Lauterbach Einf. 2 vor § 1626; Seipp a.a.O. 29; ferner Beitzke, MDR 57, 91 (Anm. zu BGH), und Göppinger, FamRZ 61, 516, die die elterliche Gewalt als ein "fremdnütziges Recht" bezeichnen; Becker UJ 52, 449 ff. (451); Leclercq-David a.a.O. 344 f.; Raiser JZ 61, 465 ff. (470); Stein-Joest-Dombois a.a.O. 12.
- 2) Gernhuber FamRZ 62, 89 ff. (90) und Lb. S. 504; ferner BayObLG OLGE 26, 244; KG OLGE 11, 295; OLG Hamburg OLGE 10, 290; Guggemos FamRZ 60, 478; Nowka FamRZ 60, 218 ff. (218 und 220); Palandt-Lauterbach Einf. 2 vor § 1626.
- 3) Vgl. auch Gernhuber, Lb. S. 507.
- 4) Nicht ganz zweifelsfrei erscheint dies allerdings in den Fällen, in denen ein Ehegatte die Scheidung oder Trennung allein verschuldet hat (§ 1671 III 2, § 1672 BGB). Hier verfolgt das Gesetz mit der Zuweisung der elterlichen Gewalt an den unschuldigen Teil offensichtlich zugleich andere Ziele, wenn auch das Kindesinteresse, wie der Hinweis auf die schwerwiegenden Gründe deutlich macht, nicht völlig aus dem Kreis der Betrachtung rückt. Es wäre an dieser Stelle verfrüht, eine Rechtfertigung jener Vorschriften zu suchen. Sie bleibt der späteren Untersuchung vorbehalten.
- 5) Vgl. dazu auch Bang PrKps 54, 304 ff.; Boßhard a.a.O. 12 ff., 62 ff.; Hohermuth a.a.O.; Kistler a.a.O.; Schreiber PrKps 54, 53 ff.

Eine große Zahl von Kindern geschiedener oder getrennter Eltern erlebt nicht mehr die Einheit der Familie mit ihrem guten erzieherischen Einfluß, sondern ist Zeuge des sich meist über eine längere Zeitspanne hinziehenden Auseinanderbrechens der elterlichen Ehe. Wenn auch viele Eltern versuchen, ihre Zerwürfnisse vor ihren Kindern zu verbergen, so wird dennoch wohl die Mehrzahl der betroffenen Kinder ahnen, daß ihre Eltern sich ablehnend einander gegenüberstehen. Von hier ist kein weiter Schritt dazu, daß die Kinder die Ehe ihrer Eltern und damit auch die Institution der Ehe und Familie nicht achten lernen ¹⁾. Vater und Mutter können ihnen nicht mehr Vorbilder sein, wenn diese wie Fremde nebeneinander leben oder sich gar wie Feinde behandeln. Dies führt zwangsläufig dazu, daß die für die Erziehung so notwendige Autorität eines Elternteils oder beider Eltern verlorengeht ²⁾. Das Kind erkennt das Recht und die Pflicht seiner Eltern, es zu leiten und zu lenken, nicht mehr an. Es wurzelt nicht mehr in einer gesunden Familie und verfällt oft Einflüssen, die nicht immer die besten sind. Erziehungs- und Schulschwierigkeiten, sexuelle Fehlentwicklungen, Kriminalität, uneheliche Mutterschaft und schwerwiegende eigene Ehekrisen sind vielfach die Folgen solcher Erlebnisse während der Kindheit und Jugend ³⁾. Die oft getroffene Feststellung, Kinder geschiedener oder getrennt lebender Ehegatten wüchsen in der Regel unter schlechteren Erziehungsbedingungen auf als Halbwaisen oder uneheliche Kinder ⁴⁾, überrascht daher nicht.

Wie oft diese Situation eintreten kann, wird bereits deutlich an der Zahl der geschiedenen und dauernd getrennt lebenden Ehegatten. So sind in der Bundesrepublik Deutschland von 1946 bis heute etwa 850.000 Ehen geschieden worden ⁵⁾. Dieser Zahl dürfte eine ähnlich große Anzahl von Fällen gegenüberstehen, in denen die Ehegatten sich getrennt haben.

Zwar haben die Ehescheidungen ebenso wie die Eheschließungen nach dem Höchststand der Jahre 1948 bis 1951 ⁶⁾ von da ab bis zu den Jahren 1955/56 zunächst ständig abgenommen. Von diesem Zeitpunkt an hat die Zahl beider sich

1) Riedel a. a. O. 124.

2) Riedel a. a. O. 125.

3) Vgl. dazu insbesondere Haffter a. a. O. 133 ff.

4) Braun a. a. O. 14; Hauser SchwJZ 38/39, 257; Storck a. a. O. 208.

5) Statistisches Jahrbuch der BRD 1961 S. 59.

6) Dies ist eine Erscheinung, die sich im Anschluß an große äußere und innere Umwälzungen stets einzustellen pflegt. Sie war, wenn auch nicht in dieser Deutlichkeit, bereits nach dem ersten Weltkrieg zu beobachten.

jedoch wieder stetig erhöht ¹⁾ ²⁾.

Diese Angaben lassen ahnen, wie groß die Anzahl der sogenannten Scheidungswaisen ist. Nach einer Mitteilung des Statistischen Bundesamts wurden im Jahre 1957 bei 41.468 geschiedenen Ehen rund 41.000 minderjährige Kinder betroffen ³⁾. Im Jahre 1958 waren es weitere 45.000, 1959 wieder etwa 46.000 ⁴⁾ und 1960 erneut rund 40.000 ⁵⁾.

Für die Jahre 1946 bis 1948, in denen die Scheidungsziffer ein bis dahin unbekanntes Ausmaß erreichte, gibt Häring die Zahl der durch die Scheidung ihrer Eltern betroffenen Kinder mit etwa 280.000 an ⁶⁾. Nach ihm gab es im Jahre 1954 im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland 700.000 Jugendliche unter 18 Jahren, deren Eltern geschieden wurden ⁷⁾. Becker rechnete für das Jahr 1956 sogar mit etwa 2 Millionen Scheidungswaisen ⁸⁾. Er bezifferte die Zahl der Kinder aus innerlich zerbrochenen, aber nicht geschiedenen Ehen mit rund einer Million ⁹⁾.

Auffällig ist in diesem Zusammenhang, daß im Gegensatz zur Zeit vor dem 2. Weltkrieg die Anzahl der geschiedenen Ehen mit Kindern in den Jahren seit 1946 innerhalb der Gesamtscheidungs-ziffer ständig gewachsen ist, während in der Vorkriegszeit der Anteil der geschiedenen kinderlosen Ehen am größten war ¹⁰⁾. So war im Jahre 1935 in Hessen ¹¹⁾ die Scheidungshäufigkeit kinderloser Ehen rund zehnmal so hoch wie die der Ehen mit 5 Kindern, 1950 aber nur noch etwa viermal so groß ¹²⁾; 1950 wurden Ehen mit vier Kindern etwa ebenso oft geschieden wie im

1) Vgl. Statistisches Jahrbuch der BRD 1961 S. 59.

2) Zum Ansteigen der Scheidungsziffern in verschiedenen Staaten in der Zeit von 1861 bis 1944 vgl. Senti a.a.O. 59 f.

3) UJ 59, 391.

4) Geschätzt; vgl. Stat. Jahrb. für die BRD 1960 S. 70 und 1961 S. 70.

5) Gernhuber, Lb. S. 204.

6) a.a.O. 68.

7) a.a.O. 71.

8) NDV 56, 115 ff. (116).

9) Diese Berechnungen werden allerdings von Kenntner in ZBJR 59, 165 (Anm. 1) der Höhe nach bestritten.

10) Wand, Staat und Wirtschaft in Hessen, 53, 65 ff. (66).

11) Bezieht sich stets auf das innerhalb der heutigen hessischen Staatsgrenzen liegende Gebiet (vgl. "Hessen im Wandel der letzten 100 Jahre" S. 15).

12) "Hessen im Wandel der letzten 100 Jahre" S. 55.

Jahre 1935 Ehen mit zwei Kindern ¹⁾. Die Beobachtung zeigt, daß der Anteil der kinderlosen Ehen an der Scheidungszahl nach dem Krieg ständig zurückgegangen ist zugunsten der Zahl geschiedener Ehen mit einem oder zwei Kindern ²⁾. Von den im Jahre 1954 in der Bundesrepublik Deutschland geschiedenen Ehen - insgesamt 44.750 - hatten 14.703 ein Kind, 8.078 zwei, 3.082 drei, 1.157 vier, 460 fünf und 514 sechs und mehr Kinder ³⁾. Die Vergleichszahlen für West-Berlin waren: 5.920 geschiedene Ehen, davon 1.911 mit einem Kind, 868 mit zwei, 332 mit drei, 102 mit vier, 39 mit fünf und 42 mit sechs und mehr Kindern ³⁾. Im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland einschließlich West-Berlins wurden also im Jahre 1954 etwa 55.650 minderjährige Kinder zu sogenannten Scheidungswaisen.

Für Österreich und die Schweiz liegen Vergleichszahlen für die letzten Jahre vor. In Österreich wurden 1958 von 8.238 Ehescheidungen rund 7.950 und 1959 von 8.474 Ehescheidungen rund 8.190 minderjährige Kinder betroffen ⁴⁾. Für die Schweiz soll die steigende Zahl der sogenannten Scheidungswaisen durch folgende Tabelle verdeutlicht werden ⁵⁾:

Jahr bzw. Jahres- durchschnitte	Durch die Scheidung betr. mj. Kinder	Jahr bzw. Jahres- durchschnitte	Durch die Scheidung betr. mj. Kinder
1901/05	1784	1946/50	3792
1906/10	2298	1950	3991
1911/15	2422	1951	4017
1916/20	2650	1952	3968
1921/25	2419	1953	4217
1926/30	2695	1954	4275
1935	2712	1955	4334
1938	2829	1956	4269
1939	2540	1957	4540
1940	2553	1958	4530
1941/45	2734	1959	4799

- 1) "Hessen im Wandel der letzten 100 Jahre" S. 55. Auch wenn man bedenkt, daß gleichzeitig die Zahl kinderreicher Ehen zurückgegangen ist, behält dieser Vergleich dennoch seine Aussagekraft.
- 2) Beiträge zur Statistik Hessens, Nr. 34 (1950) S. VI.
- 3) Walter Becker NDV 56, 115 ff. (116).
- 4) Stat. Handb. für die Rep. Österreich 1959 S. 250, 1960 S. 284.
- 5) Vgl. Stat. Jahrb. der Schweiz 1961 S. 52; Strebel a. a. O. 143 f.

Für die Stadt Frankfurt a.M. ergibt sich in den letzten Jahren folgendes Bild ¹⁾:

Jahr	geschiedene Ehen	noch lebende mj. Kinder (etwa)
1955	1116	860
1956	970	755
1957	1031	775
1958	1038	780
1959	1110	850

An Hand statistischer Unterlagen hat man ferner festgestellt, daß die meisten Ehen innerhalb eines Zeitraumes von zwei bis elf Jahren nach der Eheschließung geschieden werden ²⁾, wobei der Höhepunkt etwa im 5. bis 7. Ehejahr liegt ³⁾. So hatten z.B. in Hessen im Jahre 1949 63 % aller geschiedenen Ehen eine Ehedauer bis zu 10 Jahren ⁴⁾. Daß dies nicht lediglich eine Erscheinung der Nachkriegszeit war, ergibt sich aus den von Hecker für das Gebiet Hessens gegebenen Unterlagen für die Jahre 1946 - 1956. Danach erfolgten etwa 2/3 aller Ehescheidungen innerhalb der ersten 10 Jahre seit der Eheschließung ⁵⁾. Eine Tabelle soll dies näher erläutern ⁶⁾.

1) Stat. Jahrb. Frankfurt a.M. 1960 S. 26 f., Nr. 38 und 40.

2) Staat und Wirtschaft in Hessen 1949, 65 ff. (66) und 1953, 6; Hess. Bevölkerungs- und Wirtschaftskunde 30; auch Senti a.a.O. 75-77.

3) Staat und Wirtschaft in Hessen 1949, 65 ff. (66) und 1953, 65 ff. (66); Hess. Bevölkerungs- und Wirtschaftskunde 30; Haffter a.a.O. 52.

4) Staat und Wirtschaft in Hessen 1949, 65 ff. (70).

5) Hecker, Staat und Wirtschaft in Hessen 1958, 95 ff. (97).

6) Entnommen dem Stat. Handb. für das Land Hessen, 1958 S. 43, Nr. 25.

In Hessen von 1953 bis 1957 geschiedene Ehen nach der Ehedauer ¹⁾

Jahr	Ge- schie- dene Ehen insges.	Geschiedene Ehen mit einer Ehedauer von Jahr(en)											
		un- ter 1	1	2	5	10	15	20	25	30	40	50 und mehr	
			bis unter										
			2	5	10	15	20	25	30	40	50		
1953	4274	84	275	1073	1248	658	458	226	155	88	7	2	
1954	4351	73	237	1078	1339	649	450	302	125	96	2	-	
1955	4121	77	273	1024	1313	540	392	294	115	87	6	-	
1956	3905	67	291	945	1255	479	413	248	117	86	3	1	
1957	4004	106	290	935	1302	564	361	251	106	78	9	2	

Die überwiegende Zahl der betroffenen Kinder befindet sich, wenn sie das Auseinanderbrechen der Ehe ihrer Eltern und deren Trennung miterleben, also in einem Alter, in dem sie besonders empfänglich sind für gute und schlechte Einflüsse. Die Psychologie des Kindes hat nachgewiesen, daß ein Kind bereits im Vorschulalter, in dem es die Vorgänge seiner Umgebung nicht rational verarbeiten kann, über sein Gefühl Eindrücke sammelt, die während seines ganzen Lebens negativ nachwirken können. Die Psychoanalyse hat festgestellt, daß der Boden für die meisten Neurosen, die sich vielfach erst beim Erwachsenen auswirken, schon im Alter von vier Jahren bereitet wird ²⁾. Erfolgt also der Bruch der Ehe zwischen dem 2. bis 11. Ehejahr ³⁾, so sind überwiegend gerade Kinder im Vorschul- und Schulalter den mit der Zerstörung der Ehe verbundenen schädlichen Einflüssen ausgesetzt. In diesem Alter hat das Zerwürfnis der Eltern meist den ungünstigsten Einfluß auf das Kind ⁴⁾.

1) Zeitraum zwischen Eheschließung und Rechtskraft des Scheidungsurteils.

2) Saller a. a. O. 80.

3) Vgl. oben S. 7-9; auch Haffter a. a. O. 30, 52.

4) Haffter a. a. O. 31 f.; auch Hasselmann-Kahlert a. a. O. 2.

Ein ausdrucksstarkes Bild über die Möglichkeit der Fehlentwicklung von Kindern getrennt lebender und geschiedener Ehegatten geben insbesondere die Unterlagen der Jugendämter. Zur Illustration sei aus der Vielfalt des vorliegenden Materials auf folgendes hingewiesen:

Nach einem Bericht des Statistischen Bundesamts der Bundesrepublik Deutschland über das Rechnungsjahr 1951/52 wurden 8.208 Minderjährige in endgültige Fürsorgeerziehung überwiesen. Davon stammten 5,4 % aus Familien, die insbesondere durch den Krieg auseinandergerissen wurden, hingegen 19,9 % aus geschiedenen Ehen ¹⁾. Ein ähnliches Bild vermitteln die Angaben aus dem Berichtsjahr 1952/53 ²⁾. Danach hat sich der Anteil der Fürsorgezöglinge aus geschiedenen Ehen auf 20,4 % erhöht.

Einer Untersuchung von Zilken und Weingarten ³⁾ zufolge kamen von 49 weiblichen Schützlingen, die bereits in Bewahrung waren oder für die die Bewahrungsfürsorge beantragt war, 20, also knapp 40 %, aus geschiedenen oder zerrütteten Ehen. Saller gibt an, daß 82 % aller verwahrlosten Jugendlichen aus zerbrochenen oder brüchig gewordenen Ehen stammen ⁴⁾. Häring ⁵⁾ geht davon aus, daß 80 % der Kinder und Jugendlichen, deren Entwicklung nicht normal verlaufen ist, aus unvollständigen oder zerstörten Familien kommen. Er weist außerdem auf Untersuchungen der Jugendgerichte hin, nach denen 95 % aller straffällig gewordenen Jugendlichen uneheliche Kinder oder in zerstörten oder geschiedenen Familien aufgewachsen seien ⁶⁾. Hasselmann-Kahlert ⁷⁾ berichtet von Beobachtungen Safiers, wonach von 255 promisküösen Männern 60 % aus Familien stammen, die durch Tod, Trennung oder Scheidung auseinandergebrochen waren; dabei lag das Durchschnittsalter der Kinder, in dem dieser Bruch eintrat, bei 6 Jahren. Sie weist ferner hin auf eine Überprüfung von 50 solcher Patienten durch Bundesen, wonach bei 96 % abnorme Kindheitsbedingungen festgestellt wurden, die zu einem Zusammenbruch der Familie führten.

Schreiber ⁸⁾ teilt mit, die Untersuchung der Milieuverhältnisse von 531 in

1) Middendorff UJ 1953, 169.

2) Vgl. Mitglieder-Rundbrief des Allg. Fürsorgeerziehungstages e.V., März 1954 (Jg. 53/54) S. 54.

3) Neue Schriftenreihe des Allg. Fürsorgeerziehungstages e.V., 1953 (Heft 5) S. 7 und 12.

4) a.a.O. 58.

5) a.a.O. 118; Savatier a.a.O. 68.

6) Häring a.a.O. 118; Proske a.a.O. 267.

7) a.a.O. 2.

8) "Die uneheliche Mutterschaft", Bern 1941, zit. nach Hasselmann-Kahlert a.a.O. 3.

der Poliklinik des Kinderkrankenhauses Wedding betreuten erziehungsauffälligen und verwahrlosten Kindern habe ergeben, daß 70,8 % aus ungeordneten, gestörten, geschiedenen und überlasteten Familien, dagegen nur 23,2 % aus geordneten familiären Verhältnissen stammten. Sie berichtet außerdem von Angaben der Kinderheime in Westberlin, wonach 44,2 % der dorthin überwiesenen Kinder aus geschiedenen Ehen und 28,2 % aus normalen Familien kamen; ferner von einem Bericht der Berliner Erziehungsberatungsstelle, nach dem von 142 erziehungsschwierigen Kindern 94 Kinder geschiedener Eltern waren (davon 62 Knaben und 32 Mädchen). Ähnliche Ergebnisse haben die Untersuchungen der Gründe erbracht, die uneheliche Mutterschaft zur Folge hatten. Binder ¹⁾ fand, daß von 350 unehelichen Müttern 7/10 in einer Familie aufgewachsen waren, die durch offenen Streit der Eltern zerrüttet und innerlich desorganisiert war; bei 2/10 war die häusliche Atmosphäre durch verdeckte familiäre Konflikte schwer getrübt. R. D. Young ²⁾ stellte fest, daß von 100 unehelichen Müttern 43 aus völlig zerrütteten Familien kamen.

Die genannten Untersuchungen weisen nach, welches Leid und Elend die Kinder getrennt lebender und geschiedener Eltern erfahren müssen, um einen derartigen Weg zu gehen. Sie zwingen zu der Erkenntnis, daß der Vormundschaftsrichter, sofern die §§ 1671, 1672 BGB ihm die Möglichkeit dazu bieten, stets darauf bedacht sein muß, die oft schon schwer geschädigten Kinder und Jugendlichen aus dem Hader ihrer Eltern herauszuhalten und ihnen für ihre Zukunft den Weg zur gedeihlichen Entwicklung ihrer Person zu ebnen und soweit möglich auch zu sichern.

1) "Personality patterns in unmarried mothers" in "Understanding the psychology of the unmarried mother", Family Service Association of America, 1947, zit. nach Hasselmann-Kahlert a. a. O. 3.

2) PrKps 54, 53 ff. (62).

ZWEITER TEIL

E I N Z E L P R O B L E M E

A. VEREINBARKEIT DER §§ 1671, 1672 BGB MIT ART. 6 GG UND VORSTAATLICHEM RECHT

Gemäß §§ 1671, 1672 BGB bestimmt das Vormundschaftsgericht bei Scheidung oder Trennung, welchem Elternteil die elterliche Gewalt "zustehen" soll. Daneben spricht das Gesetz in § 1671 BGB mehrfach davon, daß die elterliche Gewalt einem Elternteil "übertragen" wird.

Läßt dies bereits deutlich werden, daß der betroffene Elternteil mit dem Spruch des Vormundschaftsgerichts die elterliche Gewalt verlieren soll, so wird diese Absicht des Gesetzes noch klarer, wenn man außerdem die Bestimmung des § 1678 II BGB ins Auge faßt. § 1678 II schreibt nämlich vor, daß das Vormundschaftsgericht, sobald die elterliche Gewalt des Elternteils, dem sie nach den §§ 1671, 1672 BGB übertragen war, ruht, die Ausübung der elterlichen Gewalt auf Antrag dem anderen Elternteil übertragen muß. Hier wird deutlich, daß der Gesetzgeber zwischen der Übertragung der elterlichen Gewalt und der Übertragung ihrer Ausübung zu unterscheiden wußte. § 1678 II BGB weist ferner nach, daß es dessen Absicht war, im Falle der §§ 1671, 1672 BGB die Voraussetzungen für den Verlust der elterlichen Gewalt zu bestimmen ¹⁾; andernfalls wäre nämlich der Unterschied zwischen den genannten Vorschriften kaum verständlich.

Soll also der Betroffene die elterliche Gewalt durch die vormundschaftsgerichtliche Entscheidung verlieren, so drängt sich die Frage auf, ob eine solche Regelung mit den Normen der Verfassung und mit dem vorstaatlichen Recht überhaupt vereinbar ist oder ob dem einen Elternteil etwa nur die Ausübung der elterlichen Gewalt untersagt werden kann.

Art. 6 II GG besagt, daß Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht sind, über deren Betätigung die staatliche Gemeinschaft wacht. Nach Art. 6 III GG dürfen Kinder gegen den Willen der Erziehungsberechtigten nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, und zwar nur dann, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen.

Nun vertritt zwar Schwoerer ²⁾ die Ansicht, daß der Elternteil, dem die elter-

1) So für § 1635 BGB a.F. ausdrücklich Mot. IV 627; ebenso Beitzke FamRZ 58, 7 ff. (9).

2) FamRZ 58, 41 f. und in v. Staudinger § 1634 Randnote 4 a.

liche Gewalt nach § 1671 BGB nicht übertragen werde, diese ihrer Substanz nach verliere ¹⁾ ²⁾ und ihm nicht nur deren Ausübung versagt werde. Er begründet dies damit, daß es sich bei der elterlichen Gewalt des BGB und dem Elternrecht des Art. 6 GG nicht um dasselbe Recht handele ³⁾ ⁴⁾. Das Grundrecht des Art. 6 werde folglich durch die Maßnahmen des Vormundschaftsgerichts nicht berührt. Außerdem sei ein so weitgehender Eingriff wie der Entzug des Rechtes als Folge der Scheidung gerechtfertigt, da die dauernde Trennung der Ehegatten für eine elterliche Gewalt beider Eltern keinen Raum mehr lasse. Demgegenüber folgt die herrschende Meinung aus Art. 6 II, III und 19 II GG, daß die elterliche Gewalt ihrer Substanz nach nicht entzogen werden könne ⁵⁾. Es sei vielmehr nur eine Beschränkung der Ausübung zulässig. Daher könne im Falle des § 1671 BGB dem einen Elternteil die elterliche Gewalt nicht genommen werden. Es sei allein möglich, ihm deren Betätigung zu untersagen.

Bezieht man sich bei dieser Auseinandersetzung lediglich auf Art. 6 GG, so muß die Argumentation notwendig vordergründig bleiben. Es erscheint nämlich zunächst bereits zweifelhaft, ob unter dem Recht zur Pflege und Erziehung des Art. 6 II GG und der elterlichen Gewalt der §§ 1671, 1672 BGB dasselbe zu verstehen ist ⁶⁾. Außerdem fällt auf, daß Art. 6 II GG nur von Pflege und Erziehung spricht, während die elterliche Gewalt weit größere Bereiche erfaßt (§ 1626 II BGB) ⁷⁾. Ferner darf nicht übersehen werden, daß das sogenannte Elternrecht nicht

- 1) Ebenso Erman-Seiler § 1626 Anm. 1 unter Bezugnahme auf § 74 EheG; LG Bonn NJW 64, 1136 f.
- 2) Vgl. auch Palandt-Lauterbach Einf. 2 vor § 1626, wo die §§ 1671 II, 1672 BGB ohne Begründung als Ausnahme von der Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt angesehen werden.
- 3) Anders aber anscheinend in EJP A I f Nr. 24 (Anm. zu KG).
- 4) A. A. BGH NJW 56, 1794 ff. (1795, unter 5.) = MDR 57, 88 ff. (89) = FamRZ 56, 371 ff. (374 unter 6.) = EJP A III Nr. 9 S. 29.
- 5) OLG Stuttgart FamRZ 64, 51 ff. (52 f.); Beitzke, Festschr. f. H. Lehmann, II, S. 507, sowie FamRZ 58, 7 ff. (9 f.) und Lehrb. § 29 III S. 165; Firsching a. a. O. 54 f.; Göppinger FamRZ 59, 397 ff. (398 Abs. 2, 402) und in v. Staudinger Vorbem. vor § 1666 Randnoten 36, 38; Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 16; H. Lehmann a. a. O. § 29 I 1 S. 180; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 2 und Einf. 5 vor § 1626; vgl. auch Hans Peters a. a. O. 378 (oben); dahingestellt bei BayObLG FamRZ 62, 165 ff. (167).
- 6) Verneinend Schwoerer FamRZ 58, 41 f.; bejahend Göppinger in v. Staudinger Vorbem. vor § 1666 Randnote 36.
- 7) Vgl. auch Gernhuber, Lb. S. 36. In Rechtslehre und Rechtsprechung wird allerdings - soweit ersichtlich - allgemein angenommen, daß Art. 6 II GG nicht nur einen Teil der elterlichen Aufgaben erfaßt. So führen das OVG Koblenz

erst durch Art. 6 II, III GG begründet wird. Es stellt vielmehr eines der Menschenrechte dar, die vom Staate weder geschaffen noch dem Rechtsträger verliehen werden ¹⁾. In Art. 6 II, III GG findet es lediglich seine verfassungsrechtliche Bestätigung als Grundrecht, während es als Menschenrecht, wie das Bekenntnis des Art. 1 II GG zeigt, von der Verfassung bereits vorausgesetzt wird.

Geht man also davon aus, daß es sich bei dem Elternrecht um ein unverletzliches ²⁾, auch dem staatlichen Eingriff entzogenes Menschenrecht ¹⁾ handelt, so verliert die Frage, ob die in Art. 6 GG und §§ 1671, 1672 BGB angesprochenen Rechte identisch sind, hier ebenso an Bedeutung wie die, ob Art. 6 II, III GG nur einen Teil der elterlichen Gewalt als Grundrecht erfaßt. Entscheidend ist lediglich, daß das Elternrecht als Menschenrecht seiner Substanz nach von einem staatlichen Organ nicht entzogen werden kann.

Es bleibt mithin allein die Frage, ob das unverletzliche Elternrecht gleichbedeutend ist mit der elterlichen Gewalt, um sagen zu können, daß auch die elterliche Gewalt ihrem Träger durch staatlichen Akt nicht genommen werden kann.

Die elterliche Gewalt ist an anderer Stelle ³⁾ bereits als ein allein dem Interesse des Kindes dienendes, familienrechtliches Schutzverhältnis beschrieben worden.

Fortsetzung der Fußnote 7 von Seite 45:

(DVBl 57, 138 ff. - 139 -) und Wernicke (in BK Art. 6 Anm. II 2 b) aus, Art. 6 GG betreffe die Gesamterziehung des Kindes; v. Mangoldt-Klein sehen Art. 6 II 1 GG als eine "Verankerung des bereits bestehenden privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Kindschaftsrechts" an (a. a. O. Art. 6 Anm. IV 5 d); das BVerfG spricht davon, daß "Art. 6 Abs. 2 GG die Betätigung der elterlichen Gewalt ausdrücklich der "Wacht" durch die staatliche Gemeinschaft" unterwerfe (BVerfGE 4, 52 ff. - 57 -); nach Hamann erkennt Art. 6 GG auch die zur elterlichen Gewalt gehörende Vermögenssorge an (a. a. O. Art. 6 Anm. 4); auch der Gesetzgeber des GlBerG geht offenbar davon aus, daß Art. 6 II GG die gesamte elterliche Gewalt betrifft, wenn er in der Begründung zu § 1671 IV BGB ausdrücklich auf Art. 6 GG Bezug nimmt (vgl. Riedel a. a. O. 18); schließlich betonte bereits Anschütz, daß Art. 120 WRV "das Elternrecht, und damit den zweiten Grundpfeiler der Familie in ihrer überlieferten Gestalt, unter den Schutz der Verfassung stelle (a. a. O., Art. 120 Anm. 1).

1) BayVerfGH FamRZ 54, 74 u. ÖV 56, 762; RGZ 102, 283 ff. (287); Anschütz a. a. O. Art. 120 Anm. 2 S. 562; Fleig a. a. O. 12/13; Hamann Art. 6 Anm. 5; Krüger-Breetzke-Nowak Einl. 205; v. Mangoldt-Klein Art. 6 Anm. IV 3; Mehl a. a. O. 60 ff. (61); Hans Peters a. a. O. 375; Wernicke in BK Art. 6 Anm. II 2c; a. A. Maury a. a. O. 46 ff. (zit. nach Hodes a. a. O. 96 Anm. 3).

2) So Art. 1 II GG.

3) S. 35 f.

Dabei wurde ferner festgestellt, daß die elterliche Gewalt kein Recht darstellt, sondern nur die zur Erfüllung der elterlichen Pflichten erforderlichen Befugnisse gewährt, u. a. die Befugnis, Eingriffe dritter Personen oder des Staates abzuwehren oder zu verhindern, daß das Kind sich der elterlichen Gewalt entzieht. Die gleiche Zielsetzung wohnt dem natürlichen, also vorstaatlichen Recht der Eltern und deren Pflicht, für ihre Kinder zu sorgen, inne. Auch das Elternrecht räumt die Befugnis ein, Zugriffe Dritter und des Staates abzuwenden ¹⁾. Gerade in dieser Hinsicht hat es in der Vergangenheit aktuelle Bedeutung erlangt. Beide, die elterliche Gewalt und das natürliche Elternrecht, finden ihre Grundlage in der natürlichen Pflicht der Eltern zum Schutz und zur Pflege ihrer Kinder; diese wiederum rührt daraus her, daß die Eltern dem Kind das Leben schenken. Die elterliche Gewalt besitzt daher wie das Elternrecht die Qualität eines unverletzlichen Menschenrechts und kann somit in den Fällen der §§ 1671, 1672 BGB durch gerichtlichen Spruch nicht entzogen werden ²⁾. Ein Gleiches würde übrigens aus Art. 19 II GG in Verbindung mit Art. 6 II, III GG folgen, wonach der Wesensgehalt des Elternrechts und damit auch der elterlichen Gewalt nicht angetastet werden darf. Dies wäre jedoch bei einem Entzug der elterlichen Gewalt der Fall.

Der hier offenbar gewordene Zwiespalt zwischen rechtlich Zulässigem und dem Willen des Gesetzgebers wie auch des Gesetzes zwingt jedoch nicht, die §§ 1671, 1672 BGB als unwirksam anzusehen. Es ist vielmehr durchaus möglich, die genannten Vorschriften dahingehend auszulegen, daß allein die Ausübung der elterlichen Gewalt von der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts berührt wird ³⁾. Werden die §§ 1671, 1672 BGB derart aufgefaßt, so nähme der gerichtliche Spruch dem betroffenen Elternteil zwar auch einen Teil seiner rechtlich geschützten Stellung. In die elterliche Gewalt selbst, d. h. in ihre Substanz, würde aber, da ihre Existenz nicht notwendig die Möglichkeit der Ausübung durch den Inhaber voraussetzt, die Befugnis dazu vielmehr auch einer anderen Person zustehen kann ⁴⁾, durch

1) Diese Funktion ist besonders deutlich geworden bei der Schaffung der Art. 6 und 7 GG; sie erhellt gerade auch daraus, daß in Art. 6 II 1 GG das Recht der Eltern im Gegensatz zu Art. 120 WRV der Pflicht vorangestellt wird, um das zu schützende Rechtsgut deutlich herauszuheben; vgl. dazu Wernicke in BK Art. 6 Anm. II 2 a und b.

2) Ebenso Hans Peters a. a. O. 375.

3) Ebenso Beitzke FamRZ 58, 7 ff. (10) und Lehrb. § 29 III 2 S. 165; Göppinger in v. Staudinger Vorbem. vor § 1666 Randnoten 4, 36; auch OLG Stuttgart FamRZ 64, 51; ferner BayObLG FamRZ 62, 165 ff. (167, jedoch unter Vorbehalt); vgl. aber auch Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 16 Abs. 2, wo anscheinend die gegenteilige Schlußfolgerung gezogen wird.

4) Vgl. etwa die Rechtsinstitute der Vormundschaft und Pflegschaft wie auch der elterlichen Gewalt (letztere hier vom Kind her gesehen); ferner Lehmann, Allg. Teil, § 11 I S. 54.

den vormundschaftsgerichtlichen Beschluß nicht eingegriffen. Damit wäre dem Gebot der Unverletzlichkeit Genüge getan.

Um die §§ 1671, 1672 BGB im Sinne einer Entziehung der Ausübungsbefugnis auslegen zu können, bedarf es jedoch einer Klarstellung der mit der Scheidung oder Trennung eintretenden Sachlage und der sich daraus ergebenden Forderungen. Ist dies geschehen, so kann die Frage beantwortet werden, ob eine Regelung jener Ausübungsbefugnis den durch die Scheidung oder Trennung hervorgerufenen tatsächlichen Notwendigkeiten gerecht wird.

Das Interesse des Kindes geschiedener oder getrennter Eltern an einer geordneten Pflege und einheitlichen Erziehung fordert nicht, daß ein Elternteil die elterliche Gewalt selbst verliert ¹⁾; es zwingt vielmehr lediglich dazu, daß dieser Elternteil von seiner elterlichen Gewalt keinen Gebrauch mehr macht. Allein vor diese Forderung sah der Gesetzgeber sich bei der Schaffung der §§ 1671, 1672 BGB gestellt. Hat er die Voraussetzungen für einen darüber hinausgehenden Eingriff normiert, so ist er über das Maß des Erforderlichen weit hinausgegangen ²⁾.

Steht also fest, daß die durch die Scheidung oder Trennung hervorgerufene Konfliktsmöglichkeit bereits durch den Verlust der Ausübungsbefugnis ausgeräumt wird, so drängt es sich förmlich auf, den zu weit gefaßten Wortlaut der §§ 1671, 1672 BGB durch eine restriktive Auslegung auf den durch das Kindesinteresse geforderten Sinngehalt zurückzuführen. Diese Schlußfolgerung gilt umso mehr, als der Gesetzgeber sich zur Zeit des Erlasses des Gleichberechtigungsgesetzes der Frage, ob ein Verlust der elterlichen Gewalt möglich ist, noch nicht bewußt war, ihm also auch fern lag, in dieser Streitfrage durch eine bestimmte Fassung des Gesetzes Stellung zu beziehen.

Bekannt man sich zu dieser einengenden Auslegung, so findet gleichzeitig eine Reihe anderer Fragen ihre Lösung.

Wäre nämlich allein an den Verlust der elterlichen Gewalt der Substanz nach zu denken, so bliebe unerklärlich, wie der Vormundschaftsrichter dem einen Elternteil die elterliche Gewalt "übertragen" soll, die dieser vorher bereits besitzt ³⁾. Bejaht man dagegen lediglich den Verlust der Ausübungsbefugnis, so ergibt sich zwanglos, daß das Gericht dem betreffenden Elternteil im Zuge der Trennung von Rechtssubjekt und Rechtsmacht ⁴⁾ die Befugnis überträgt, die Pflichten und Rechte des anderen Teils wahrzunehmen, eine rechtliche Stellung, die sich von seiner eigenen

1) A. A., jedoch ohne nähere Begründung Schwoerer FamRZ 58, 41.

2) Vgl. auch Beitzke FamRZ 58, 7 ff. (9 f.); ferner v. Mangoldt-Klein Art. 19 Anm. V 2 c S. 555/6; andererseits Hans Peters a. a. O. 378.

3) Vgl. § 1626 BGB.

4) Siehe dazu Lehmann, Allg. Teil, § 11 I S. 54.

Rechtsposition der Inhaberschaft nach unterscheidet und die jener bis dahin noch nicht innegehabt hat.

Beitzke ¹⁾ weist ferner zutreffend darauf hin, daß sich allein bei der Annahme eines Verlustes der Ausübungsbefugnis die §§ 1696 und 1681 BGB erklären lassen. Ändert das Vormundschaftsgericht seine Entscheidung nachträglich gemäß § 1696 BGB in der Weise ab, daß der nicht mit der elterlichen Sorge bedachte Elternteil diese nunmehr ausüben soll, so müßte man bei einem ursprünglichen Verlust der elterlichen Gewalt davon ausgehen, daß ein staatliches Organ dem Betreffenden ein Menschenrecht überträgt. Gleiches müßte gelten, wenn nach dem Tode des Gewalthabers der geschiedene nicht berechtigte Ehegatte die elterliche Gewalt erhält (§ 1681 BGB) ²⁾. Dem steht aber entgegen, daß es sich bei der elterlichen Gewalt um ein Menschenrecht handelt, das der Staat nicht geschaffen hat ³⁾ und deshalb auch nicht verleihen kann, auch wenn die dafür in Frage kommende Person schon einmal Inhaber des Rechts gewesen ist. Die von Schwoerer ⁴⁾ in diesem Zusammenhang vorgeschlagene Konstruktion einer auf Lebenszeit befristeten beziehungsweise durch ihre spätere Aufhebung auflösend bedingten Entscheidung des Vormundschaftsgerichts ist nicht geeignet, die genannten Schlußfolgerungen aus der Rechtsnatur der elterlichen Gewalt zu entkräften. Überdies liegt die Annahme einer Bedingung oder Befristung nur dann nahe, wenn mit dem Eintritt des auslösenden Umstandes von vornherein zu rechnen ist ⁵⁾.

Trotz aller dieser Überlegungen erscheint es ratsam, durch eines der näch-

1) FamRZ 58, 7 ff. (9 f.).

2) Die sich jetzt aus § 1681 BGB ergebende Rechtsfolge (so Beitzke FamRZ 58, 7 ff. - 10 -; Palandt-Lauterbach § 1681 Anm. 1; OLG Frankfurt FamRZ 57, 323) war bereits vor Inkrafttreten des GlBerG vom 1.7.1958 nahezu einhellige Meinung; vgl. z.B. RG DJ 44, 321; OLG Frankfurt FamRZ 57, 323; BayObLG FamRZ 57, 177; LG Würzburg FamRZ 55, 146 (mit Lit.); LG Koblenz DRZ 50, 183; v. Scanzoni § 81 Anm. 12 und NJW 51, 660 (Anm.).

3) Vgl. oben S. 46 f.

4) FamRZ 58, 41; abl. Göppinger in v. Staudinger Vorbem. vor § 1666 Randnote 38.

5) Dies ist beim Zwischenurteil des Zivilprozeßrechtes, das unter der auflösenden Bedingung der Aufhebung durch ein rechtskräftiges Endurteil steht, der Fall; vgl. dazu etwa Baumbach-Lauterbach § 275 Anm. 3 B; Rosenberg a. a. O. § 55 III 2 und 3 b; Stein-Jonas-Schönke § 275 Anm. IV 1; Schiedermaier Jur. Schulung 61, 214 f.; Zöller § 275 Anm. 2. Hier ist die Annahme einer auflösenden Bedingung sogar notwendig, um den Konflikt zweier gegensätzlicher rechtskräftiger Entscheidungen zu vermeiden; siehe hierzu Schiedermaier Jur. Schulung 61, 214.

sten Änderungsgesetze zum BGB § 1671 BGB und alle übrigen Vorschriften, die im Sinne eines Entzuges der elterlichen Gewalt verstanden werden können, entsprechend der hier vertretenen verfassungskonformen Auslegung zu korrigieren.

B. DIE SORGERECHTSREGELUNG BEI EINEM GEMEINSAMEN ELTERLICHEN VORSCHLAG

In der Mehrzahl aller Sorgerechtsverfahren äußern die Eltern bestimmte Vorstellungen zur Frage, wem die Pflege und Erziehung ihrer Kinder künftig zustehen soll. Dieser Umstand sowie die Überlegung, daß es wünschenswert ist, wenn die Eltern sich selbst darüber klar werden, wer nach Scheidung der Ehe die elterliche Gewalt über die gemeinsamen Kinder ausüben soll, mag der Grund dafür sein, daß der Gesetzgeber die Regelung des elterlichen Vorschlagsrechtes mit an die Spitze des § 1671 BGB gestellt hat. Daher sollen auch hier zunächst die Probleme erörtert werden, die im Zusammenhang mit der Ausübung dieser elterlichen Befugnis auftauchen.

I. Allgemeines

Wenn der Gesetzgeber in § 1671 II BGB den Überlegungen der Eltern grundsätzlich den Vorrang einräumt vor den Vorstellungen des Gerichts über das künftige Schicksal der Kinder geschiedener oder getrennter Ehegatten, so setzt er dabei ein Elternrecht voraus, das durch den Gedanken der Fürsorge um das Kind geprägt ist ¹⁾ und nicht mehr den Charakter eines eigennützigen Herrschaftsrechtes trägt. Er stellt sich damit auf den Boden eines geläuterten Elternrechtes, das durch den Fürsorgecharakter erst eigentlich seinen Wert erhält. Sind die Eltern, wie das Recht es von ihnen fordert, nämlich stets um das Wohl ihrer Kinder ²⁾ besorgt, sehen sie also die elterliche Gewalt nicht als eine ihrem Nutzen dienende Berechtigung an, so kann erwartet werden, daß sie alsbald die schädlichen Auswirkungen ausschalten, die das Auseinanderbrechen ihrer Ehe für die Kinder zur Folge hat ³⁾.

1) Vgl. hierzu S. 35 f.

2) Allgemeine Ansicht ist, daß die Eltern, wenn mehrere Kinder vorhanden sind, einen Vorschlag nur für eines oder mehrere von diesen oder für alle vorschlagen können (Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 5 B b; Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 6; Riedel a. a. O. 29). Beschränken die Eltern ihren Vorschlag allerdings auf einen Teil ihrer Kinder, so wird der Richter im Interesse einer einheitlichen Betrachtung aller Kinderschicksale darauf hinwirken, daß die Eltern den Vorschlag entsprechend erweitern.

3) BGH NJW 51, 440 f. (441) und 60, 1719 f. (1720); KG FamRZ 59, 508 f. (509); OLG Bremen FamRZ 58, 63 ff. (64); BayObLG in BayObLGZ 1951 Nr. 85 S. 300 ff. (304); OLG Schleswig JR 52, 406; Firsching a. a. O. 55; Müller-Freienfels "Ehe und Recht" 215; Prietzel a. a. O. 56; Schwoerer JZ 51, 709.

Von diesem Grundsatz ausgehend ist es durchaus verständlich, daß das Gesetz dem elterlichen Vorschlag Priorität zumißt vor der Auffassung des Gerichts und vom Richter verlangt, daß er sich eines seinen Vorstellungen dienenden Eingriffs zumindest so lange enthält, als dies dem Kindesinteresse nicht zuwiderläuft ¹⁾.

Das Gesetz knüpft insoweit an den Rechtszustand an, den § 74 EheG 46 bereits geschaffen hatte ²⁾. Zwar spricht diese Vorschrift von einer Einigung der Eltern, wenn auch hier schon der Begriff des elterlichen Vorschlags auftauchte (§ 74 I 2, II 1), während in § 1671 BGB nur noch von deren Vorschlag die Rede ist ³⁾. In der Sache ist damit aber, soweit es die Berücksichtigung des elterlichen Willens angeht, keine Änderung eingetreten ⁴⁾.

Wenn das Gesetz im Gegensatz zu früherem Recht nur noch den Begriff des elterlichen Vorschlags verwendet, so wird damit einerseits deutlich, daß der Vormundschaftsrichter zwar die Ansichten der Eltern über die künftige Erziehung des Kindes gebührend beachten muß, andererseits aber auch, daß allein der staatliche Hoheitsakt zur Neuregelung der elterlichen Gewalt führt ⁵⁾. Der Vorschlag der Eltern hat in deren Bereich keine rechtsverändernde Wirkung, selbst dann nicht, wenn das Vormundschaftsgericht ihn billigt ⁶⁾. Eine andere Auslegung würde dem sprachlichen Gehalt des Wortes "Vorschlag" nicht gerecht. Dieser kann nur darin bestehen, daß die Eltern eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts in bestimm-

-
- 1) Vgl. auch BGH NJW 56, 1794 ff. (1795); Firsching a. a. O. 56; Müller-Freienfels JZ 59, 396 ff. (400); Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 2; Schwoerer JZ 51, 709 und JR 52, 269; ferner Dunz NJW 59, 802 f. (803).
 - 2) Ihren Anfang nahm diese Entwicklung bereits im gemeinen Recht und PrALR; vgl. RG Gruch Bd. 25 S. 465 ff.; RGZ 37, 189 ff. und 60, 266 ff. (267 f.); Egner a. a. O. 35.
 - 3) Siehe auch KG FamRZ 59, 508; Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 4.
 - 4) BGH NJW 60, 1719 f. (1720) unter Hinweis auf BGH NJW 51, 440; KG FamRZ 60, 164 f. (164); Riedel a. a. O. 23.
 - 5) OLG Celle NJW 61, 885; Beitzke FamRZ 58, 10 (III); Erman-Ronke § 1671 Anm. 6 B; Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 10; Maßfeller-Reinicke § 1671 Anm. 4; das Gesetz trägt damit durch eine eindeutige Formulierung der h. M. Rechnung, die sich bereits zu § 74 EheG 46 gebildet hatte; vgl. hierzu OLG Schleswig JR 52, 406; BayObLG in BayObLGZ 1951 Nr. 85 S. 300 ff. (305); OLG Kiel SchlHA 47, 62 ff. (63); Egner a. a. O. 44; auch Munzinger SJZ 49, 98 ff. (99 f.); v. Godin § 74 Anm. 5.
 - 6) Achilles-Greif § 1671 Anm. 3; Beitzke FamRZ 58, 10 (III); Erman-Ronke § 1671 Anm. 6 B; Maßfeller-Reinicke § 1671 Anm. 4; Riedel a. a. O. 31 f.

ter Richtung anregen ¹⁾. § 1671 BGB verwendet dementsprechend auch nicht mehr den Begriff der Genehmigung des elterlichen Vorschlags, wie dies noch in § 74 I 2 EheG 46 geschehen ist. Der Vorschlag stellt eine besonders hervorgehobene Grundlage für die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts dar ²⁾. Er gibt dem Gericht einen Anhaltspunkt besonderen Gewichts für die Überlegung, welche Regelung dem Wohl des Kindes entspricht ³⁾.

II. Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Vorschlags

1. Die Beachtung des elterlichen Willens wird dem Gericht gemäß § 1671 II BGB nur dann gestattet, wenn die Eltern einen gemeinsamen Vorschlag unterbreiten.

Eine derartige gemeinsame Anregung setzt zunächst voraus, daß Erklärungen beider Elternteile vorliegen, die sich ihrem objektiven Gehalt nach decken ⁴⁾. Zweifelhaft ist hingegen, ob daneben erforderlich ist, daß die Eltern sich bei der Kundgabe ihres Willens jeweils auf die Erklärung des anderen Teils beziehen, oder ob es ausreicht, wenn jeder Elternteil unabhängig vom anderen den gleichen Vorschlag macht und nur zufällig beide Äußerungen inhaltlich in die gleiche Richtung gehen. Riedel ⁵⁾ will letzteres mit Rücksicht darauf verneinen, daß § 1671 II BGB sachlich dem § 74 I EheG 46 gleiche und die Einigung im Sinne dieser Vorschrift überwiegend als Vertrag angesehen worden sei ⁶⁾. Diese Schlußfolgerung mag im Hinblick auf die Verwendung des Wortes "Einigung" in § 74 I EheG berechtigt gewesen sein. Das Gesetz gebraucht diesen Begriff in der Regel dann, wenn es eine vertragliche Abrede meint (vgl. z.B. die §§ 154, 155, 854 II, 873, 879 II, 880, 925, 929 und 929 a BGB). In § 1671 BGB ist, wie bereits betont, aber von einer Einigung nicht mehr die Rede. Es wird daher überwiegend angenommen, daß dem elterlichen Vorschlag keine sich als Vertrag darstellende Einigung der Eltern vorausgehen muß, folglich ein gemeinsamer Vorschlag auch dann vorliegen kann, wenn er nicht auf einer solcher-

1) Vgl. Egner a. a. O. 40 (zu § 74 EheG 46).

2) Erman-Ronke § 1671 Anm. 6 B; auch Achilles-Greifff § 1671 Anm. 3; Baumbach-Lauterbach Gr 5 H vor § 128.

3) Nach Gernhuber, Lb. S. 612, wohnt dem Vorschlag keine Vermutung sachrichtiger Regelung inne.

4) Riedel a. a. O. 23.

5) a. a. O. 23.

6) Riedel erachtet inhaltsgleiche Erklärungen der Eltern, die nicht auf einer Übereinkunft beruhen, lediglich als Hinweise, die das Gericht bei seiner Entscheidung gemäß § 1671 III 1 BGB berücksichtigen muß (a. a. O. 23); das SchlHOLG sieht in ihnen einen Grund, der ein Abweichen von § 74 IV EheG 46 (jetzt § 1671 III 2 BGB) zuläßt (SchlHA 49, 341 f.).

Übereinkunft basiert ¹⁾.

Führt also der von Riedel ²⁾ eingeschlagene Weg nicht weiter, so muß versucht werden, ob Formulierung sowie Sinn und Zweck des § 1671 BGB eine Klärung der angeschnittenen Frage erreichen lassen.

Man wird zunächst geneigt sein, von einem gemeinsamen Vorschlag nur dann zu sprechen, wenn es sich um eine einverständliche Erklärung der Beteiligten handelt ³⁾, wenn also die Eltern nicht nur objektiv übereinstimmende Erklärungen abgeben, sondern sich dieser Übereinstimmung auch bewußt sind. Dem steht aber entgegen, daß es offenbar Sinn des Gesetzes ist, es zunächst den mit den gesamten Verhältnissen vertrauten Eltern zu überlassen, sich zu überlegen, wer von ihnen künftig die elterliche Gewalt ausüben soll ⁴⁾. Dieser Zweck kann unbestreitbar auch dann erreicht werden, wenn die Eltern zwar kein Einverständnis getroffen haben, aber jeder von ihnen, sei es durch Zufall oder, weil eine andere Lösung nicht angebracht erscheint, unabhängig vom anderen denselben Vorschlag unterbreitet hat. Auch im letzteren Falle besitzt das Vormundschaftsgericht einen Anhaltspunkt dafür, welche Entscheidung dem Kindesinteresse am besten entspricht. Es ist daher angebracht, § 1671 II BGB dahin auszulegen, daß auch inhaltlich übereinstimmende, wenn auch nicht einverständlich abgegebene Anregungen als gemeinsamer Vorschlag anzusehen sind ⁵⁾ ⁶⁾. Gemeinsamkeit

1) So BGH NJW 60, 1719 f. (1720); KG FamRZ 59, 508; Firsching a. a. O. 56; Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (436, II 1 b). Angesichts dessen, daß auch im Falle eines elterlichen Vorschlags die Regelung der elterlichen Sorge lediglich auf Grund des hoheitlichen Aktes erfolgt (vgl. S. 51), wäre es auch überflüssig, zusätzlich noch auf die Einigung der Eltern abzustellen (ebenso KG FamRZ 59, 508 und 60, 163 f.). Sie hat, selbst wenn man sie weiter als rechtlich möglich erachten will (so BGH NJW 60, 1719 f. - 1720 - und Schwoerer, Anm. zu OLG Schleswig EJF A I f Nr. 20 a. E.), gegenüber der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts keine Bedeutung; sie ist unbeachtlich, wenn dem Gericht nicht der in § 1671 BGB genannte Vorschlag zugeht.

2) a. a. O. 23.

3) So Riedel a. a. O. 23, 31; SchlHOLG SchlHA 59, 195 = EJF A I f Nr. 20.

4) Vgl. BGH NJW 60, 1719 f. (1720) und 51, 440 f. (441); KG FamRZ 59, 508 f. (509); OLG Bremen FamRZ 58, 63 ff. (64); BayObLG in BayObLGZ 1951 Nr. 85 S. 300 ff. (304); Schwoerer JZ 51, 709; Prietzel a. a. O. 56.

5) So im Ergebnis auch Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (436; "konforme Vorschläge"); abl. offenbar Gernhuber, Lb. S. 613 Anm. 2.

6) Erklärt ein Elternteil vor dem Vormundschaftsgericht, er "verzichte" zugunsten des anderen auf die elterliche Sorge, so muß dies also, wenn der andere die Kinder zu sich nehmen will, zur Anwendung des § 1671 II BGB führen.

des Vorschlags ist also dahin aufzufassen, daß keine abweichenden, sondern in der Sache sich deckende Anregungen der Eltern erfolgen ¹⁾ ²⁾. Eine andere Deutung des Gesetzes wäre formalistisch ³⁾.

Die hier vertretene Auslegung kann aber nicht dazu führen, einen gemeinsamen Vorschlag auch dann anzunehmen, wenn ein Elternteil eine bestimmte Lösung vorschlägt und der andere lediglich erklärt, er habe keine bestimmten Vorstellungen über die Verteilung der Kinder. Würde man auch diese Fälle auf § 1671 II BGB zurückführen, so käme dies einer völligen Preisgabe des Gesetzeswortlauts gleich. Auch diesem muß eine extensive Auslegung aber stets ihre Grenze finden. Auch eine Analogie zu § 1671 II BGB erscheint nicht vertretbar, da der gesetzgeberische Grundgedanke, die von beiden Elternteilen geäußerte Ansicht über das künftige Schicksal des Kindes genieße wegen ihrer Einheitlichkeit besonderes Gewicht bei der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts ⁴⁾, im vorliegenden Falle gerade nicht gilt.

Regt also nur ein Elternteil eine bestimmte Lösung an, ohne daß der andere sich positiv dazu äußert ⁵⁾, so kann dieser Hinweis dem Gericht lediglich die Be-

Fortsetzung der Fußnote 6 von Seite 53:

Diese Äußerungen der Eltern haben sachlich keinen anderen Inhalt als den eines gemeinsamen Vorschlags im Sinne des § 1671 II BGB.

Zur Unzulässigkeit eines echten Verzichts auf die elterliche Gewalt und auf der Ausübung - im Gegensatz zur frei widerruflichen Überlassung der Ausübung an Dritte - vgl. z.B. KG FamRZ 55, 295; RG JW 38, 1262, 35, 2896 und 25, 2111; RGZ 60, 266; RG Warn 1928 Nr. 132, 1915 Nr. 111 und 204, 1910 Nr. 17 und 47, 1912 Nr. 115; OLG Köln NJW 47/48, 342; OLG München HRR 1936, 263; Elman-Seiler § 1626 Anm. 1; André a.a.O. 35; v. Godin § 74 Anm. 14 (a.E.); Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 4 A; Krüger-Breetzke-Nowak § 1627 Anm. 2; Palandt-Lauterbach § 1626 Anm. 3 u. Einführung 2 dazu; Reichel Recht 1914, 351; Riedel a.a.O. 26; Roch a.a.O. 62 ff.; Walsmann a.a.O. 99, 288 f.

- 1) Ebenso wohl Maßfeller-Reinicke § 1671 Anm. 4; "Machen die Eltern denselben Vorschlag, so ist das Vormundschaftsgericht an den Vorschlag gebunden."; a.A. Riedel a.a.O. 33.
- 2) Glaucht man, angesichts des Wortlautes des § 1671 II BGB eine dahingehende Auslegung nicht vertreten zu können, so erscheint zumindest eine analoge Anwendung des § 1671 II BGB gerechtfertigt.
- 3) Vgl. dazu KG NJW 56, 107 f. (a.E.).
- 4) Hierzu auch BGH NJW 51, 440; BayObLG in BayObLGZ 1951 Nr. 85 S. 304 f.; Riedel a.a.O. 30, 34; Munzinger SJZ 49, 98 ff. (100); ferner KG EJF A I f Nr. unklar KG FamRZ 58, 423.
- 5) Eine solche Äußerung kann allerdings schon in dem "Antrag" auf Zuweisung der elterlichen Sorge liegen, wenn der Elternteil, der einen Vorschlag macht, dem "Antragsteller" die Kinder zubilligen möchte.

wortung der Frage erleichtern, welche Regelung dem Wohl des Kindes am besten entspricht (§ 1671 III 1 BGB).

2. Im folgenden soll geklärt werden, welche Voraussetzungen in der Person des Erklärenden und hinsichtlich der einzelnen Erklärungen selbst erfüllt sein müssen, damit von einem wirksamen Vorschlag gesprochen werden kann.

a) Eine Antwort auf die Frage nach den Anforderungen an die Person des Vorschlagenden setzt Klarheit darüber voraus, ob die Einreichung des Vorschlags sich als Abgabe einer Willenserklärung oder etwa als Vornahme einer Verfahrenshandlung darstellt. Würde es sich bei dem Vorschlag nämlich um eine Willenserklärung handeln, so müßten die Regeln der §§ 104 ff., 116 ff. BGB anwendbar sein. Läge eine Verfahrenshandlung vor, so wäre auf die Grundsätze des Verfahrensrechts zurückzugreifen. Die Antwort hierauf kann nur gefunden werden, wenn man sich die Funktion des elterlichen Vorschlags deutlich macht.

Während § 1671 III 1 BGB das Gericht verpflichtet, die objektiv beste Regelung zu treffen, kann der Richter gemäß § 1671 II BGB von einem gemeinsamen Vorschlag nicht schon dann abweichen, wenn die elterliche Anregung nicht auf die günstigste Lösung abstellt, sondern nur, wenn das Kindeswohl dies fordert. Würden die Eltern beispielsweise vorschlagen, daß ihr kränkliches Kind nicht beim Vater verbleibt, der den Beruf eines Arztes ausübt, sondern zur Mutter kommt, die als Krankenschwester ausgebildet ist, so könnte der Richter einer solchen Regelung nicht widersprechen, es sei denn, daß gewichtige Gründe ihn dazu zwingen. Der Prüfungsmaßstab des Vormundschaftsgerichts ist also bei Abgabe einer gemeinsamen Erklärung ein anderer als in den Fällen, in denen von dem Vorschlagsrecht kein Gebrauch gemacht wird. Der elterliche Vorschlag hat mithin zur Folge, daß er die Entschließungsfreiheit des Gerichts wenigstens so lange beschränkt¹⁾, als das Kindesinteresse keine andere als die vorgeschlagene Regelung verlangt. Die Anregung der Eltern hat demnach Einfluß auf den Ablauf des vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens.

Davon abgesehen liegt das Hauptgewicht der elterlichen Anregung jedoch darauf, eine bestimmte Entscheidung des Gerichts zu erbitten²⁾. Es erscheint daher nicht verfehlt, den elterlichen Vorschlag als "Antrag" der Beteiligten aufzufassen, die von ihnen gewünschte Regelung zu treffen. Auch unter diesem Gesichtspunkt stellt sich der Vorschlag folglich als Verfahrenshandlung dar.

1) OLG Schleswig SchlHA 59, 195 = EJF A I f Nr. 20.

2) Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß auch im Falle des § 1671 II BGB allein der gerichtliche Spruch zur Neuregelung der elterlichen Sorge führt; vgl. S. 51.

Dagegen ließe sich zwar einwenden, daß das Sorgerechtsverfahren als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit keinerlei Anträge ¹⁾ hinsichtlich seiner Einleitung oder seines Fortganges und auch nicht hinsichtlich der Sache selbst bedürfe, sondern in allen seinen Stadien dem Grundsatz des Amtsbetriebes unterliege ²⁾. Hierbei würde aber übersehen, daß bei § 1671 II BGB kein formeller Antrag etwa im Sinne des § 297 ZPO in Frage steht, der von vornherein die Grenzen der richterlichen Entscheidung bestimmt ³⁾. Vielmehr erweist sich der elterliche Vorschlag, sofern man ihm die Eigenschaft eines Antrages im weiteren Sinne zubilligt, als Anregung zur Fassung eines bestimmten Beschlusses ⁴⁾, der sich das Gericht nur verschließen darf, wenn das Kindeswohl dies fordert (§ 1671 II BGB).

Haben demnach die elterlichen Erklärungen keine materiellrechtlichen, sondern allein verfahrensrechtliche Folgen, so geht es nicht an, sie etwa als Willenserklärungen mit oder ohne Vertragscharakter zu kennzeichnen ⁵⁾. Daß es sich bei dem Vorschlag des § 1671 BGB nicht um ein Rechtsgeschäft im bürgerlich-rechtlichen Sinne handeln kann, geht insbesondere daraus hervor, daß die Wirkung, nämlich die Neuverteilung der elterlichen Sorge, nicht auf Grund des Willens der Eltern eintreten, sondern nur durch den Spruch des Vormundschaftsgerichts herbeigeführt werden kann ⁶⁾. Man würde ihren Erklärungswert auch nicht voll erfassen, wenn man sie lediglich als Tatsache oder als Erkenntnismittel des Gerichts werten wollte ⁷⁾. Aus den gleichen Gründen ist die Annahme einer reinen Wissenserklärung ab-

1) Vgl. hierzu Keidel § 12 Anm. 2 b) ee).

2) Die Ausnahme, die § 1672 BGB hinsichtlich der Einleitung des Verfahrens macht, kann hier unberücksichtigt bleiben, da hierauf nicht das Gewicht der Untersuchung liegt. Auch beim Sorgerechtsverfahren des § 1672 BGB handelt es sich, sobald es einmal eingeleitet ist, im weiteren Verlauf um ein Amtsverfahren, dem lediglich durch die Rücknahme des Antrages die Grundlage entzogen werden kann; vgl. auch Jansen § 12 Anm. 1, § 20 Anm. 8; ferner BGHZ 18, 143.

3) Vgl. § 308 ZPO.

4) Siehe hierzu auch BGH RdL 53, 191 f.; Henke-Mönch-Horber § 13 Anm. 2 C; Jansen § 20 Anm. 8; Keidel § 12 Anm. 2 b) ee); ferner BGHZ 18, 143 ff. (145 f.: "Soweit die Parteien beantragen, ihnen bestimmte Gegenstände zuzuweisen, ist das Gericht an diese Anträge nicht gebunden. Die Anträge stellen nur Vorschläge dar, wie die betreffende Partei die Verteilung von dem Gericht vorgenommen haben möchte.").

5) So jedoch Riedel (a. a. O. 23), der ausdrücklich von "dem gemeinsamen Vorschlag, der ein Vertrag ist" spricht (a. a. O. 24 unter 4.).

6) Vgl. hierzu auch Lent-Jauernig a. a. O. § 29 III S. 78 und oben S. 19; ferner OLG Frankfurt FamRZ 64, 520 f.

7) So aber Munzinger SJZ 49, 98 ff. (101), allerdings zu § 74 EheG 46.

zulehnen. Zutreffend ist es allein, wenn man dem elterlichen Vorschlag nur verfahrensrechtliche Bedeutung zumißt ¹⁾ und die Anregungen der Eltern daher - wie etwa den Widerspruch des beklagten Ehegatten gemäß § 48 II 1 EheG 46 ²⁾ - als Verfahrenshandlung charakterisiert. Daß der elterliche Vorschlag oft schon vor Beginn des Sorgerechtsverfahrens abgegeben wird, widerspricht der getroffenen Feststellung nicht. Verfahrenshandlungen sind nämlich nicht nur im, sondern bereits vor Einleitung des Verfahrens möglich ³⁾. Als Verfahrenshandlung setzt die Anregung der Eltern nicht deren Geschäftsfähigkeit voraus ⁴⁾. Diese wäre lediglich erforderlich, wenn man den Vorschlag als Willenserklärung oder als förmliche Prozeßhandlung ansähe (§§ 104 ff. BGB, § 52 ZPO). Es reicht vielmehr aus, daß der nicht geschäftsfähige Elternteil die Einsicht besitzt, die zur Erkenntnis der dem Kinde günstigen Regelung erforderlich ist ^{5) 6)}. Wie oft dies entscheidend sein kann, mag die Überlegung dartun, daß gerade heutzutage viele Ehen von Personen geschlossen werden, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, und schon wieder geschieden sind, bevor die Ehegatten diese Altersgrenze erreicht haben.

Nach der hier vertretenen Auffassung können also Personen, die infolge ihres jugendlichen Alters oder etwa wegen Entmündigung (§ 114 BGB) ⁷⁾ beschränkt geschäftsfähig sind, einen wirksamen Vorschlag machen, sofern ihnen die notwendige Einsicht eigen ist. Dagegen wird ein Geschäftsunfähiger in der Regel dazu

- 1) Ebenso, jedoch ohne Begründung Krüger in Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 3, 4, 10. Riedel (a. a. O. 26 Anm. 33) lehnt die Ansicht Krügers begründungslos ab; ebenso KG FamRZ 60, 163 f. (164). Der BGH weist auf die Ansicht Krügers in NJW 60, 1719 f. = MDR 60, 748 hin, nimmt aber keine Stellung dazu.
- 2) Vgl. RGZ 164, 319 f. mit Anm. von v. Scanzoni in DR 40, 1627 und Schönke-Schröder-Niese a. a. O. § 31 II S. 147, wonach dem Widerspruch außerdem materiell-rechtliche Wirkung zukommt.
- 3) Vgl. Baumbach-Lauterbach Gr 5 vor § 128; Lent-Jauernig a. a. O. § 29 IV S. 78 f..
- 4) A. A. Achilles-Greiff § 1671 Anm. 6, die die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters verlangen.
- 5) Vgl. hierzu auch § 59 FGG, der auf ähnlichen Gedanken beruht; § 59 II FGG geht davon aus, daß es den dort genannten Personengruppen an der nötigen Einsicht mangelt.
- 6) Siehe auch § 612 ZPO, wonach ein beschränkt geschäftsfähiger Ehegatte in Ehesachen prozeßfähig ist; hierauf stützen sich Erman-Ronke § 1671 Anm. 7 b; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 5 B a; v. Godin § 74 Anm. 5 f; Riedel a. a. O. 24; Egner a. a. O. 51.
- 7) Ebenso Riedel a. a. O. 24.

nicht in der Lage ¹⁾ sein. Auch sein gesetzlicher Vertreter kann hierbei nicht für ihn handeln. Abgesehen davon, daß mit einer solchen Überlegung die gesamte Frage wieder auf die Ebene der Geschäftsfähigkeit verlegt würde, folgt der Ausschluß des gesetzlichen Vertreters insbesondere daraus, daß es gerade der mit den Verhältnissen des Kindes vertraute Elternteil ist, von dem der Gesetzgeber annimmt, daß er die dem Kind förderliche Lösung kennt und wünscht ²⁾. Diese Voraussetzungen sind aber in der Regel beim gesetzlichen Vertreter nicht erfüllt. Man wird aber die Erklärung sowohl des Geschäftsunfähigen als auch seines gesetzlichen Vertreters zur Regelung der elterlichen Gewalt nicht völlig außer acht lassen dürfen, sondern im Rahmen des § 1671 III 1 BGB als für die Entscheidung wesentliches Erkenntnismittel zu berücksichtigen haben (vgl. § 12 FGG). Bei der Anregung eines Geschäftsunfähigen ist dann besonders auch auf den Grund seiner Geschäftsunfähigkeit zu achten, da dieser Rückschlüsse auf die Verwertbarkeit der Erklärung zuläßt, bei der des Vertreters auf diese Frage, wieweit er mit den Verhältnissen vertraut ist.

b) Die Erklärungen der Eltern bedürfen keiner besonderen Form ³⁾. Eine solche ist auch im Hinblick auf § 11 FGG nicht erforderlich; es reicht vielmehr aus, wenn die Eltern ihre Bitte um die von ihnen gewünschte Entscheidung dem Gericht mündlich vortragen ⁴⁾. Dies gilt selbst dann, wenn die Eltern vor Abgabe des Vorschlags vereinbart haben, der Vorschlag solle nur bei Einhaltung einer besonderen Form wirksam sein, und dann diese Form nicht gewahrt worden ist ⁵⁾. Ein derartiges Formerfordernis - etwa die Schriftform - können die Eltern zwar vorsehen. Insbesondere kann der Umstand, daß die elterliche Anregung eine dem Verfahren zugehörige Handlung darstellt, die Bindung an eine besondere Form nicht ausschließen ⁶⁾. Wollte man aber bei Nichtbeachtung dieser Form das Vorliegen eines elterlichen Vorschlags bestreiten, so würde damit wegen eines bloßen Formmangels dem Gericht die Möglichkeit genommen, im Kindesinteresse bis zum Beweis des Gegenteils von der Richtigkeit

1) Im Ergebnis ebenso Achilles-Greifff § 1671 Anm. 6; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 5 B a; Riedel a. a. O. 24.

2) Siehe auch BGH NJW 51, 440 f. (441) und 60, 1719 f. (1720); KG FamRZ 59, 51 f. (509); OLG Bremen FamRZ 58, 63 ff. (64); BayObLG in BayObLGZ 1951 Nr. 8 S. 300 ff. (304); OLG Schleswig JR 52, 406; Prietzel a. a. O. 56; Schwoerer JZ 57, 709.

3) Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 7; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 2; Riedel a. a. O. 27; die entgegengesetzte Ansicht von Erman-Ronke (§ 1671 Anm. 7 c) und wohl auch von Achilles-Greifff (§ 1671 Anm. 6) findet im Gesetz keine Stütze.

4) Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 7; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 2; Riedel a. a. O. 27; ferner Keidel § 11 Anm. 5 b); auch BGH NJW 60, 1719 f. (1720).

5) A. A. offenbar Riedel a. a. O. 27.

6) Vgl. hierzu RGZ 135, 339; Baumbach-Lauterbach Gr 5 D vor § 128.

keit der elterlichen Ansicht über das künftige Schicksal des Kindes auszugehen. Auch dann gilt immer noch der Grundgedanke des § 1671 II BGB, daß nämlich die Eltern infolge ihrer Vertrautheit mit den gesamten Verhältnissen sowie als Wahrer der Kindesinteressen am ehesten eine günstige Lösung finden und dem Kind am raschesten wieder stabile Verhältnisse bieten können und sollen. Die Äußerungen der Eltern weisen also in jedem Falle, ganz gleich, ob die vereinbarte Form eingehalten ist oder nicht, das Gericht darauf hin, welches die für das Kind günstigste Lösung ist ¹⁾. Förmliche Voraussetzungen, die etwa dem Schutz vor Übereilung oder der Beweissicherung ²⁾ dienen könnten, sind deshalb hier weder angebracht noch zweckdienlich.

c) Ob ein wirksamer elterlicher Vorschlag vorliegt, ist ferner fraglich, wenn die Eltern bereits vor Einleitung des Sorgerechtsverfahrens oder erst nach Ablauf des in § 1671 III 1 BGB genannten Zeitraums von ihrem Vorschlagsrecht Gebrauch machen.

Das Gesetz sagt nicht, von welchem Zeitpunkt ab die Eltern eine bestimmte Regelung vorschlagen können. Nach einer Ansicht ³⁾ kann die elterliche Anregung bereits vor Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils abgegeben werden, nach einer anderen weitergehenden Auffassung sogar schon vor Erlaß dieses Urteils ⁴⁾.

Bei der Würdigung dieser beiden Auffassungen ist zu beachten, daß der Vorschlag des § 1671 BGB seine Berechtigung erst besitzt mit dem Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils. Bis dahin besteht jederzeit die Möglichkeit, daß die Eheleute sich wieder versöhnen und die Scheidungsklage zurücknehmen. Es versteht sich daher von selbst, daß ein vor Eintritt der Rechtskraft abgegebener Vorschlag wirkungslos sein soll, wenn die in Scheidung lebenden Eltern wieder zusammenfinden. Dies gilt nicht nur, wenn die Eltern erklären, der Vorschlag solle "für die Zeit nach der Scheidung wirksam werden" ⁵⁾; es ist vielmehr stets - also auch ohne ausdrücklichen Hinweis darauf - als gewollt anzusehen. Ob man, rechtsdogmatisch gesehen, annimmt, daß die Anregung gegenstandslos wird, so-

1) Grundsätzlich a.A. Gernhuber, Lb. S. 612; vgl. oben S. 52 Anm. 3.

2) Diese wird schon durch die Kenntnisnahme seitens des Gerichts hinreichend gewährleistet.

3) BayObLG FamRZ 56, 85 f. (86); KG NJW 56, 107; OLG Frankfurt FamRZ 55, 146; Erman-Ronke § 1671 Anm. 7 d; Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 8; Riedel a.a.O. 30.

4) So BGH NJW 60, 1719 f. (1720); BayObLG FamRZ 56, 85 f. (86); KG NJW 56, 107; Achilles-Greif § 1671 Anm. 8; Erman-Ronke § 1671 Anm. 7 d und § 74 Anm. 1 c; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 2.

5) So in dem vom BayObLG - FamRZ 56, 85 f. - entschiedenen Fall.

bald dem Sorgerechtsverfahren die Grundlage entzogen ist, oder davon ausgeht, daß der Vorschlag aufschiebend bedingt sei durch die Rechtskraft des Scheidungsurteils¹⁾, ist für das Ergebnis gleichgültig. Das Verfahrensrecht stünde der Annahme einer Bedingung nicht entgegen, da es sich bei dem elterlichen Vorschlag nicht um eine echte Prozeßhandlung dreht und er im übrigen bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils noch keine verfahrensrechtlichen Wirkungen gezeitigt hat²⁾.

Von einem voll wirksamen Vorschlag kann also erst die Rede sein, wenn das Scheidungsurteil rechtskräftig geworden ist. Bis dahin sind die Eltern zwar nicht gehindert, einen gemeinsamen Vorschlag abzugeben; ihm fehlen so lange aber noch die bereits beschriebenen³⁾ verfahrensrechtlichen Wirkungen.

Die Befugnis, einen gemeinsamen Vorschlag zu unterbreiten, wird den Eltern gemäß § 1671 III 1 BGB bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Rechtskraft des Scheidungsurteils eingeräumt. Handelt es sich hierbei um eine Ausschußfrist⁴⁾, so kann der Richter nach deren Ende nicht mehr nach § 1671 II BGB verfahren. Er darf dann den Vorschlag nur als eines von vielen Erkenntnismitteln im Rahmen seiner gemäß § 1671 III BGB zu treffenden Entscheidung verwenden. Hat die Frist jedoch keine ausschließende Wirkung⁵⁾, so führt ein bis zur Entscheidung des Vormundschaftsgerichts⁶⁾, ja sogar noch in der Beschwerdeinstanz⁷⁾ eingereichter Vorschlag zu

1) So wohl BayObLG FamRZ 56, 85 f. - 86 oben.

2) Vgl. hierzu Baumbach-Lauterbach Gr 5 D vor § 128; Stein-Jonas-Schönke-Pohle Bem. V 9 b vor § 128.

3) Vgl. S. 55 ff.

4) Vgl. BGHZ 1, 214 ff. (216 f.); BGHZ 6, 345; OLG Neustadt FamRZ 61, 535 ff. (537) und EJF A I f Nr. 19; KG FamRZ 57, 176; BayObLG FamRZ 56, 85 = NJW 56, 1801; SchlHOLG in SchlHA 49, 341 f. = SchlHOLG DRspr I (164) 43 a; Achilles-Greif § 1671 Anm. 8; Beitzke a. a. O. § 29 III 3 S. 165; Erman-Ronke § 1671 Anm. 7 d und § 74 Anm. 3 a; Maßfeller-Reinicke § 1671 Anm. 5; Munzinger SJZ 49, 98; Prietzel a. a. O. 61; anscheinend auch BGH NJW 60, 1719 f. im Leitsatz (ebenso Schwoerer FamRZ 60, 502, Anm. zu BGH); unentschieden Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 8.

5) So BayObLG NJW 63, 589 f. und FamRZ 64, 310; LG Darmstadt FamRZ 60, 502 mit zust. Anm. von Schwoerer; OLG Freiburg DRZ 49, 116; OLG Hamm JMBINRW 50, 73; BayObLG DRspr I (164) 86 b; Egner a. a. O. 51 f.; Firsching a. a. O. 55; Gernhuber, Lb. S. 612 f.; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 8; Michaelis § 74 Anm. 8; Müller-Freienfels JZ 59, 400 und "Ehe und Recht" 225; Munzinger SJZ 49, 98 ff. (100, 102); Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 2; Riedel a. a. O. 30; Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (436 f.), NJW 57, 1594 (Anm. zu BGH), JZ 53, 15; Soergel-Siebert § 74 Anm. 9 b.

6) Riedel a. a. O. 27.

7) So BayObLG NJW 64, 1134 f. (1135); LG Darmstadt FamRZ 60, 502 mit zust. Anm. von Schwoerer (503).

einem Beschluß gemäß § 1671 II BGB. Die Frist hat dann lediglich die Bedeutung, daß das Gericht vor Ablauf der zwei Monate von Amts wegen keine Ermittlungen anstellen und nicht entscheiden darf, sondern abwarten muß, ob ihm ein elterlicher Vorschlag zugeht ¹⁾.

Der Wortlaut des § 1671 III 1 BGB scheint für die Annahme einer Ausschlußfrist zu sprechen. Außerdem hätte der Gesetzgeber diese Vorschrift wohl anders gefaßt, d. h. den Vorschlag nicht mit der Frist in Verbindung gebracht, wenn er das Vormundschaftsgericht lediglich - wie beschrieben - hätte anweisen wollen.

Eine Auslegung des § 1671 III 1 BGB im Sinne einer Ausschlußfrist müßte allerdings zu unbilligen Ergebnissen führen, wenn die Eltern zwar eine vernünftige Regelung vorgeschlagen haben, ihre Anregung jedoch verspätet eingegangen ist. Kann der Richter sich im Falle des § 1671 II BGB nämlich auf die Prüfung beschränken, ob triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe bei Billigung des Vorschlags eine ungünstige Entwicklung des Kindes befürchten lassen ²⁾, so muß er im Rahmen des § 1671 III 1 BGB jeden Umstand abwägen, der für das Gedeihen des Kindes irgendwie erheblich sein kann. Bei Anwendung des § 1671 II BGB kann er sich mit einer guten Regelung begnügen, während er gemäß § 1671 III 1 BGB gehalten ist, die beste zu suchen. Er muß also, sofern er seine Entscheidung nach § 1671 III 1 BGB fällt, infolge des größeren Umfangs seiner Ermittlungen ein langwieriges Verfahren betreiben, in dem dann vielfach doch eine dem Vorschlag entsprechende Regelung getroffen wird. Müßte bei verspätetem Eingang des Vorschlags der Weg des § 1671 III 1 BGB beschritten werden, so liefe dies also darauf hinaus, das Kind einem langdauernden Verfahren auszusetzen, in dem ein Streit der Eltern aufs neue erhebliche Gefahren für es heraufbeschwören kann. Eine derartige Lösung würde den Absichten des Gesetzgebers, durch § 1671 II BGB im Kindesinteresse die Möglichkeit rascher Befriedigung und Stabilisierung zu eröffnen ³⁾, eindeutig entgegenstehen. Dies kann nicht Sinn und Zweck des zum Wohle des Kindes geschaffenen § 1671 BGB sein.

Zwar ist zutreffend, daß nur eine Ausschlußfrist die Eltern zu einer möglichst baldigen Verständigung veranlassen kann ⁴⁾. Abgesehen von der Frage, ob

1) Vgl. BayObLG NJW 63, 589; OLG Hamm JMB1NRW 50, 73; OLG Freiburg DRZ 49, 116; Beitzke a. a. O. § 29 III 3 S. 165; Egner a. a. O. 52; Gernhuber, Lb. S. 612 f.; v. Godin § 74 Anm. 5 a; Maßfeller-Reinicke § 1671 Anm. 5; Münzinger SJZ 49, 98 ff. (102); Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 7.

2) Vgl. BayObLG NJW 63, 598; KG FamRZ 58, 423.

3) Vgl. BGH NJW 51, 440 f. (441) und 60, 1719 f. (1720); auch Egner a. a. O. 45/46.

4) So BGH NJW 51, 440.

die Frist des § 1671 III 1 BGB überhaupt allgemein bekannt ist ¹⁾, würde diese Auslegung des Gesetzes letztlich dem Kinde aber schaden, weil sie mit den Absichten des Gesetzgebers, dem Kinde so viel Hilfe wie nur irgend möglich zu bieten ²⁾, nicht konform geht. Außerdem will nicht einleuchten, daß ein fristgerechter Vorschlag dem Gericht den besonderen Anhaltspunkt für die im Kindesinteresse liegende Entscheidung bieten soll, ein verspäteter hingegen nicht. In beiden Fällen beruht die Anregung auf der elterlichen Erkenntnis dessen, was dem Wohl des Kindes dient. Schließlich würde die Annahme einer Ausschußfrist die vom Gesetz normierte weitergehende Bindung des Vormundschaftsgerichts an den Willen der Eltern wieder abschwächen und das erhöhte Gewicht, das § 1671 II BGB im Gegensatz zu § 74 EheG 46 dem Vorschlag beilegt, unter Mißachtung des Elternrechts wieder mindern ³⁾.

Die Ansicht, es handele sich bei der Frist des § 1671 III 1 BGB um eine Ausschußfrist, ist daher zugunsten der Meinung abzulehnen, welche die Frist lediglich als Ansporn für eine frühzeitige Verständigung der Eltern und als Hinausschieben der gerichtlichen Tätigkeit auffaßt ⁴⁾.

d) Die Wirksamkeit des elterlichen Vorschlags hängt außerdem davon ab, daß die Willensäußerungen der Eltern dem Vormundschaftsgericht als Vorschlag im Sinne des § 1671 II, III 1 BGB zugegangen sind. Eines Zugangs, d. h. des Eingangs der Erklärungen bei Gericht ⁵⁾, bedarf es deshalb, weil es sich bei der Anregung der Eltern um empfangsbedürftige Erklärungen handelt ⁶⁾.

Die Rechtslage ist eindeutig, sofern beide Eltern als Verfahrensbeteiligte dem Gericht gegenüber ihre Bitte um eine bestimmte Entscheidung zum Ausdruck bringen. Keine Zweifel entstehen ferner, falls die Eltern zwar vor Beginn des Verfahrens eine Regelung abgesprochen haben, aber keiner der beiden sich dem Richter gegenüber als Adressat des Vorschlags ⁵⁾ darauf berufen hat; in diesem Falle liegt ein Vorschlag

1) Zweifelnd Soergel-Siebert § 74 Anm. 9 b.

2) Der Fall des § 1671 III 2 BGB - Alleinschuld eines Ehegatten - soll hier außer Betracht bleiben.

3) So BayObLG NJW 63, 589.

4) Damit verlieren auch die auf die Unterrichtungspflicht des Scheidungsgerichts (§ 50 FGG, AVfg. vom 27.7.1938 in DJ 38, 1177) gestützten Entscheidungen des OLG Frankfurt (JZ 52, 634 = DRspr I (164) 71 b und FamRZ 55, 146) und des KG (NJW 56, 107 f.; zust. Achilles-Greif § 1671 Anm. 8) ihre Bedeutung.

5) Vgl. auch RGZ 66, 368 f.; Stein-Jonas-Schönke-Pohle Bem. IV 2 b vor § 128.

6) Vgl. auch Baumbach-Lauterbach Gr 5 D vor § 128; Stein-Jonas-Schönke-Pohle Bem. IV 2 vor § 128.

im Sinne des § 1671 II BGB nicht vor ¹⁾. Unproblematisch ist schließlich, wenn die Eltern eine bestimmte Lösung vor Einleitung des Verfahrens vereinbart haben und nur ein Elternteil sich dem Vormundschaftsgericht gegenüber hierauf bezieht, ohne daß der andere dem widerspricht. Auch dann sind die Voraussetzungen eines wirksam zugegangenen gemeinsamen Vorschlags erfüllt ^{2) 3)}. Es ist nämlich unerheblich, wann die Eltern ihre Ansichten über die künftige Verteilung der elterlichen Sorge aufeinander abgestimmt haben ⁴⁾, wenn nur diese Absprache im Hinblick auf das zu erwartende Sorgerechtsverfahren getroffen und dem Vormundschaftsgericht zugeleitet wird ⁵⁾. Zudem muß angenommen werden, daß die Eltern sich durch eine vorausgehende Vereinbarung gegenseitig verpflichten, die darin vorgesehene Regelung dem Richter als Vorschlag im Sinne des § 1671 II, III 1 BGB zu unterbreiten ⁶⁾. Wenn diese Abrede ihren Zweck nicht verfehlen

- 1) Die Einigung wird dem Vormundschaftsgericht durch den gemeinsamen Vorschlag zur Kenntnis gebracht (vgl. Erman-Ronke § 1671 Anm. 7 a; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 5 B a; Prietzel a. a. O. 54, 57 f.; Soergel-Siebert § 74 Anm. 5; auch BGH NJW 60, 1719 f. - 1720 -; KG FamRZ 60, 163 f. - 164 -; Erman-Seiler § 1626 Anm. 3; v. Godin § 74 Anm. 5 d). Lediglich auf diese Kundgabe des elterlichen Willens gegenüber dem Gericht bezieht sich § 1671 BGB (siehe KG FamRZ 59, 508). Da auch bei Abgabe eines gemeinsamen Vorschlags die Regelung der elterlichen Sorge allein auf der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung basiert (vgl. BGH NJW 51, 440 f. - 441 -; OLG Celle NJW 61, 885; Beitzke FamRZ 58, 7 ff. - 10, III -; Erman-Ronke § 1671 Anm. 6 B; Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 10; Maßfeller-Reinicke § 1671 Anm. 4), wäre es zudem überflüssig, zusätzlich noch auf die Einigung der Eltern abzustellen (ebenso KG FamRZ 59, 508 und 60, 163 f. - 164 -; ferner BGH NJW 60, 1719 f. - 1720 -; Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. - 436 -).
- 2) BGH NJW 60, 1719; BGHZ 33, 54 ff. (60); BayObLG NJW 63, 589; KG FamRZ 60, 163 und 59, 508; Achilles-Greifff § 1671 Anm. 6; Bosch FamRZ 59, 509 (Anm. zu KG); Firsching a. a. O. 55; Müller-Freienfels "Ehe und Recht" 225 Anm. 2; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 2; Schwoerer, Anm. zu SchlHOLG EJA I f Nr. 20 und zu KG in FamRZ 60, 164.
- 3) Nicht zu verwechseln damit ist der Fall, in dem ohne vorangehende Absprache im Verfahren nur ein Elternteil eine Regelung vorschlägt und der andere sich dazu nicht äußert (vgl. oben S. 54); hier fehlt es bereits an jeder Übereinkunft der Eltern.
- 4) Vgl. Baumbach-Lauterbach Gr 5 vor § 128; Lent-Jauernig a. a. O. § 29 IV S. 78 f.
- 5) Unter diesem Blickpunkt behält die von § 1671 BGB im Gegensatz zu § 74 EheG 46 nicht mehr erwähnte Einigung der Eltern durchaus ihre Bedeutung.
- 6) Egner a. a. O. 49; v. Godin § 74 Anm. 5 d; Schwoerer Anm. zu OLG Schleswig EJA I f Nr. 20; a. A. Munzinger SJZ 49, 98 ff. (101).

soll, muß ferner davon ausgegangen werden, daß jeder Elternteil beim Zustandekommen der Einigung den anderen konkludent bevollmächtigt, die gemeinsam gefundene Lösung dem Vormundschaftsgericht zu übermitteln. Bringt dann auch nur ein Elternteil dem Gericht den Vorschlag zur Kenntnis, so handelt es sich folglich um einen gemeinsamen Vorschlag beider Eltern.

Zweifelhaft ist die Rechtslage allerdings, wenn die Eltern sich zwar zunächst verständigt haben, dann aber nur einer von beiden dem Vormundschaftsgericht gegenüber sich auf die Abrede beruft, während der andere nicht mehr zu dieser Vereinbarung stehen will.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ¹⁾, des Bayerischen Obersten Landesgerichts ²⁾, des Kammergerichts ³⁾ und des OLG Braunschweig ⁴⁾ ist ein gemeinsamer Vorschlag auch in diesem Falle vorhanden ⁵⁾. Dies wird damit begründet, daß bereits die Einigung des § 74 I EheG 46 nur die Bedeutung eines Vorschlags gehabt habe ⁶⁾. An diese Einigung seien die Eltern aber gebunden gewesen ⁷⁾. Das Gleichberechtigungsgesetz habe an diesem Rechtszustand nichts geändert. Die Eltern seien also auch jetzt an eine Verständigung gebunden. Außerdem werde die Absicht des Gesetzes, die Eltern zu einer möglichst raschen Klärung zu veranlassen, vereitelt, wenn man zuließe, daß ein Elternteil von einer einmal getroffenen Vereinbarung abgehe ⁸⁾. Demgegenüber vertreten das OLG Schleswig ⁹⁾ und Lauterbach ¹⁰⁾ die Ansicht, der Vorschlag müsse von beiden Eltern dem Vormundschaftsgericht unterbreitet werden. Das OLG Schleswig stützt sich dabei insbesondere darauf, daß ein gemeinsamer Vorschlag nur dann vorliegen könne, wenn die Eltern im Zeitpunkt der Abgabe ihrer Erklärungen gegenüber dem Vormundschaftsgericht noch einig seien. Lauterbach beruft sich auf den Wortlaut des § 1671 II, III 1 BGB ¹¹⁾.

1) NJW 60, 1719 f. (1720).

2) NJW 63, 589 f. (590) und 64, 1134; FamRZ 62, 169 ff. (170).

3) NJW 60, 600 = FamRZ 60, 163 (Vorlagebeschuß), FamRZ 59, 508 = EJFA I fNr. 2.

4) NJW 60, 1719 f. (vom BGH zitiert).

5) Ebenso Achilles-Greif § 1671 Anm. 6; Bosch FamRZ 59, 509 (Anm.); Müller-Freienfels "Ehe und Recht" 225 Anm. 2; Niclas ZBJR 63, 48 ff. (49); Schwoerer Anm. zu SchlHOLG in EJFA I fNr. 20 und zu KG in FamRZ 60, 164; ferner OLG Neustadt FamRZ 58, 220 mit zustimmender Anm. von Schwoerer.

6) BGH NJW 60, 1719 f. (1720) unter Hinweis auf BGH NJW 51, 440 = BGHZ 1, 214 ff. (216).

7) BGH NJW 60, 1719 f. (1720 mit weiteren Literaturhinweisen); KG FamRZ 59, 508 f. (509).

8) So KG FamRZ 59, 508 f. (509).

9) SchlHA 59, 195.

10) Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 2 (vom BGH in NJW 60, 1720 für die entgegen gesetzte Ansicht zitiert).

11) Vgl. § 1671 II BGB: "der Eltern"; § 1671 III 1 BGB: "die Eltern".

Geht man in dieser Frage von der Fassung des Gesetzes aus, so müßte der vom OLG Schleswig und von Lauterbach vertretenen Auffassung zugestimmt werden. Diese Betrachtungsweise ist aber allzu einseitig. Sie übergeht die Absicht des Gesetzgebers, die Voraussetzungen für ein möglichst kurzes Sorgerechtsverfahren zu schaffen, um dem Kind alsbald wieder eine Entwicklung zu sichern, die vom Streit der Eltern unbeeinflußt ist ¹⁾. Würde, nachdem die Eltern sich über das weitere Schicksal ihres Kindes einmal einig gewesen sind, im fraglichen Falle das Vorhandensein eines gemeinsamen Vorschlags verneint, so wäre das Kind den elterlichen Unstimmigkeiten erneut ausgesetzt.

Ein vernünftiges Ergebnis, das weder das Kindeswohl vernachlässigt noch das dem § 1671 II BGB zugrunde liegende Elternrecht übergeht, läßt sich gewinnen, wenn man sich vor Augen hält, daß die Eltern sich, wie bereits ausgeführt ²⁾, durch eine dem Sorgerechtsverfahren vorangehende Absprache zugleich gegenseitig verpflichten, die von ihnen gewünschte Regelung dem Gericht vorzuschlagen, und der eine den anderen gleichzeitig hierzu zumindest stillschweigend bevollmächtigt. Die Frage kann deshalb nur lauten, ob der nun widerstrebende Elternteil in der Lage ist, von diesen Erklärungen wieder abzurücken. Dabei wird zu unterscheiden sein zwischen den Fällen, in denen die Absprache dem Gericht bereits vor dem Widerruf zur Kenntnis gebracht wurde, und den Fällen, in denen der Widerruf des einen Elternteils dem Richter vor der Übermittlung der Vereinbarung durch den anderen Teil oder zumindest gleichzeitig damit zugeht.

Liegt der Widerruf der früheren Erklärungen zeitlich nach dem Eingang der elterlichen Abrede, so vermag er am Vorhandensein eines gemeinsamen Vorschlags nichts mehr zu ändern. Ein Widerruf der Vollmacht ³⁾ wirkt nämlich nur ex nunc; er kann also der in Vertretung des widerrufenden Elternteils abgegebenen Erklärung die einmal vorhandene Rechtsgrundlage nicht mehr entziehen. Zweifel am Vorliegen eines wirksamen Vorschlags bestehen allerdings dann, wenn ein Elternteil seine Vollmacht vor Abgabe des Vorschlags durch den anderen diesem gegenüber widerrufen hat oder wenn er dem Vormundschaftsgericht vorher oder gleichzeitig mit dem Vorschlag eine Widerrufserklärung zugehen läßt ⁴⁾. Hier könnte man auf den ersten Blick annehmen, daß der Bevollmächtigte nicht mehr berechtigt sei, für den anderen zu handeln, mithin einen gemeinsamen Vorschlag nicht mehr unterbreiten könne.

Das Problem kann nicht dadurch gelöst werden, daß allzu einseitig auf die Einigung abgestellt und das Erfordernis des gemeinsamen Vorschlags nahezu außer

1) Siehe S. 50 f.

2) Vgl. S. 63 f.

3) Vgl. § 168 BGB.

4) Siehe hierzu § 168 Satz 3 i.V.m. § 167 I BGB, ferner § 130 I 2 BGB.

acht gelassen wird ¹⁾. Mit dem Zustandekommen der elterlichen Einigung ist dem Vormundschaftsgericht nämlich noch kein Vorschlag gemacht ²⁾. Ein solcher liegt vielmehr nur vor, wenn die Eltern den Vorschlag entweder unmittelbar beim Vormundschaftsgericht einreichen oder ein anderes Gericht zumindest stillschweigend bitten ³⁾, die vor ihm getroffene Vereinbarung an das Vormundschaftsgericht weiterzuleiten, und wenn das Gericht diesem Wunsch der Eltern auch nachgekommen ist.

Die Folgerung auf das Fehlen eines gemeinsamen Vorschlags wäre aber mit Rücksicht auf die erstrebte rasche Befriedigung der Verhältnisse der geschiedenen Ehegatten und ihrer Kinder keineswegs erfreulich. Eines der Hauptziele des § 1671 II BGB - die Wahrung des Kindesinteresses in einem vom Streit der Eltern befreiten und möglichst kurzen Verfahren - würde nicht erreicht, wollte das Gesetz es den Eltern gestatten, je nach ihrer wechselnden Erkenntnis zu ihrer früheren Auffassung zu stehen oder von ihr abzuweichen ⁴⁾. Zudem beruht § 1671 II BGB gerade auf dem Gedanken, die Eltern würden als Sachwalter der Kindesbelange am ehesten die für das Kind geeignetste Lösung finden; eine Überlegung, die mit dem Zugeständnis eines Rechts zum Widerruf weitgehend wieder entwertet würde, meist zugunsten egoistischer Ziele eines Elternteils, der mit seinem früheren Ehegatten erneut in Streit geraten ist. Es handelt sich bei der elterlichen Einigung eben nicht um eine Absprache etwa im Sinne der §§ 873, 925, 929 BGB, in denen - auf dem freien Willen der Beteiligten basierend - das künftige Schicksal eines Rechtsobjektes bestimmt wird. Die Vereinbarung der Eltern bezieht sich vielmehr auf die Gestaltung der Lebensverhältnisse einer unmündigen Person; die Berechtigung hierzu folgt aus der elterlichen Pflicht, sich mit allen zu Gebote stehenden Kräften für das Wohlergehen des Kindes einzusetzen. Die Einigung der Eltern unterliegt deshalb ganz anderen Gesetzmäßigkeiten als jede andere Abrede: Haben die Eltern sich einmal in Ausübung ihrer Fürsorgepflicht über das Schicksal ihrer Kinder geeinigt, so muß davon ausgegangen werden, daß sie dabei eine sachgerechte Lösung abgesprochen haben, von der sie nur aus gewichtigen, allein durch das Kindeswohl

1) So insbesondere BGH NJW 60, 1719 f.; KG NJW 60, 600 = FamRZ 60, 163 und FamRZ 59, 508 = EJR A I f Nr. 23.

2) Vgl. S. 62 f.

3) Dies ergibt sich daraus, daß in der Bitte um Protokollierung der Vereinbarung zugleich auch das stillschweigende Gesuch um Übermittlung des Protokolls an das Vormundschaftsgericht enthalten ist; die Eltern wollen nämlich alles Notwendige erklären, um die von ihnen gewünschte Lösung Wirklichkeit werden zu lassen. Vgl. auch OLG Frankfurt JZ 52, 634 = DRspr I (164) 71 b und FamRZ 55, 146; KG NJW 56, 107 f. (zust. Achilles-Greif § 1671 Anm. 8).

4) Vgl. BGH NJW 60, 1719 f. (1720); KG FamRZ 59, 508 f. (509).

getragenen Gründen wieder abgehen können. Liegen solche Umstände nicht vor, so sind sie an die Vereinbarung gebunden.

Enthält diese Einigung, wie dargelegt, zugleich die zumindest stillschweigende Bevollmächtigung jeweils des anderen Teils, die beiderseits gewünschte Regelung beim Vormundschaftsgericht zu "beantragen", so muß, wenn die gerade dargelegten Grundsätze ihre Bedeutung nicht völlig verlieren sollen, auch die Vollmacht unwiderruflich sein. Geht daher dem anderen Elternteil oder dem Gericht ein Widerruf zu, so vermag dies, auch wenn es vor Eingang des Vorschlags geschieht, an der wirksamen Ausübung des Vorschlagsrechtes nichts zu ändern.

Es kann dahingestellt bleiben, ob eine Ausnahme hiervon zuzulassen ist für den Fall, daß der widerstrebende Elternteil nachträglich einen schwerwiegenden Grund geltend macht, der ein Abgehen von der zunächst ins Auge gefaßten Lösung rechtfertigen würde ¹⁾. Erkennt man für diese Sachlage ein Recht zum Widerruf der Vollmacht an, so kommt bei rechtzeitigem Zugang der Widerrufserklärung ein gemeinsamer Vorschlag nicht zustande. Lehnt man eine derartige Berechtigung ab, so bleibt es dem widersprechenden Elternteil jedenfalls unbenommen, im Sorgerechtsverfahren das Augenmerk des Richters auf diesen Grund und damit auf die Frage hinzulenken, ob das Wohl des Kindes eine andere Regelung erforderlich macht (§ 1671 II BGB). In beiden Fällen ist der Umfang der gerichtlichen Prüfung der gleiche ²⁾.

Beruft sich der Elternteil, der von der vorgeschlagenen Regelung absehen will, allerdings auf einen Umstand, der ihm bereits vor dem Zustandekommen der Einigung bekannt war, so wird das Gericht sorgfältig prüfen müssen, ob der betreffende Grund wirklich besonderes Gewicht besitzt. Da dieser Umstand die Verständigung der Eltern von vornherein nicht verhindert hat, muß oft zweifelhaft erscheinen, ob er tatsächlich so bedeutsam ist, daß er ein Abgehen von dem Vorschlag rechtfertigt.

e) Schließlich soll, obwohl nicht unmittelbar zu dem gerade behandelten Fragenbereich gehörig, hier wegen des sachlichen Zusammenhangs noch erörtert werden, was zu geschehen hat, wenn die Eltern zwar zunächst einen gemeinsamen Vorschlag gemacht haben, dann aber einer oder beide von dieser Anregung wieder abgehen möchten.

Keinen Bedenken unterliegt die Annahme, daß die Eltern den gemeinsamen

1) Vgl. auch die §§ 626, 723 BGB.

2) Einer klareren systematischen Darstellung wegen wäre der ausnahmslosen Unwiderruflichkeit der Vorzug zu geben. Darauf läuft auch die h. M. hinaus.

Vorschlag während des vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens ¹⁾, also auch noch in der Rechtsmittelinstanz ²⁾, gemeinsam, d.h. einverständlich, widerrufen ³⁾ oder durch einen gemeinsamen neuen Vorschlag ersetzen können ⁴⁾. In beiden Fällen ist dies im Hinblick darauf vertretbar, daß die Übereinstimmung der Eltern den Schluß auf die Zweckdienlichkeit der neuen Lösung oder die Unzweckmäßigkeit des bisherigen Vorschlags zuläßt. Eine derartige erneute gemeinsame Willensbildung wird daher in der Regel im Kindesinteresse liegen.

Zweifelhaft erscheint allerdings die Ansicht Schwoerers ⁵⁾, der gemeinsame Vorschlag bleibe dann bestehen, wenn die Eltern gegensätzliche Änderungswünsche geltend machen; jeder Elternteil wolle nämlich die Aufhebung des Vorschlags nur für den Fall, daß das Vormundschaftsgericht seinen Wünschen Rechnung trage; dies könne aber nur gegenüber einem von beiden erfolgen. Schwoerer berücksichtigt nämlich nicht, daß beiden Eltern, selbst wenn das Gericht ihren Änderungswünschen nicht folgt, jede andere Regelung noch mehr zusagen kann als die von ihnen bereits vorgeschlagene. Dann ist beiderseits jedenfalls der Wille vorhanden, den bisherigen gemeinsamen Vorschlag außer Kraft zu setzen.

Sofern nur ein Elternteil seinen Vorschlag widerrufen will, hält die herrschende

-
- 1) Nach Abschluß des Verfahrens ist ein Widerruf des Vorschlags durch einen Elternteil oder beide Eltern nicht mehr möglich (Egner a. a. O. 48; Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 10; Firsching a. a. O. 56). Eine Rücknahme würde nämlich nachträglich die verfahrensrechtlichen Wirkungen des Vorschlags (vgl. S. 55 ff.) insbesondere die Beschränkung der richterlichen Prüfungspflicht wieder aufheben. Sie würde damit dem Beschluß des Gerichts die Grundlage entziehen mit der Folge, daß ein neues Sorgerechtsverfahren eingeleitet werden müßte - dies oft zum Nachteil des Kindes, das einer ungestörten Entwicklung dringend bedarf. Ein nach Beendigung des Sorgerechtsverfahrens gemachter gemeinsamer neuer Vorschlag kann allerdings als gemeinsame Anregung für ein mögliches Änderungsverfahren (§ 1696 BGB) angesehen und in diesem analog § 1671 II BGB beschieden werden (OLG Karlsruhe FamRZ 59, 258; Schwoerer, Anm. zu OLG Neustadt EJF A I f Nr. 19; a. A. Riedel a. a. O. 70).
 - 2) Siehe als Parallele die Rücknahme der Klage in der Rechtsmittelinstanz mit Einwilligung des Beklagten, § 271 ZPO; ferner RGZ 164, 319 f. (320): Zur Zulässigkeit der Rücknahme des Widerspruchs (§ 48 II EheG 46 a. F.) in der Revisionsinstanz.
 - 3) OLG Hamm JMBINRW 63, 107; OLG Bremen FamRZ 58, 63 ff. (64); LG Braunschweig NdsRpfl 56, 130; Achilles-Greifff § 1671 Anm. 6; Gernhuber, Lb. S. 613; Schwoerer FamRZ 58, 65 (Anm. zu OLG Bremen).
 - 4) Schwoerer FamRZ 58, 65 f. (66 - Anm. zu OLG Bremen); Gernhuber, Lb. S. 613.
 - 5) FamRZ 58, 65 f. (66 - Anm. zu OLG Bremen).

de Meinung in Rechtsprechung und Rechtslehre ¹⁾ dies mit Rücksicht auf die durch die Vereinbarung der Eltern eingegangene Bindung für unzulässig. Sie verwischt dabei nahezu durchweg den Unterschied zwischen einer von den Eltern getroffenen Vereinbarung und dem gegenüber dem Gericht gemachten Vorschlag im Sinne des § 1671 II, III BGB ²⁾. Sie erkennt, daß es nicht um die Widerruflichkeit der elterlichen Einigung, sondern allein um die des gemeinsamen Vorschlags geht ³⁾. Diese Ansicht erscheint aber auch aus anderen Gründen nicht bedenkenfrei. Zwar wird Riedel ⁴⁾ nicht beizupflichten sein, wenn er die Widerruflichkeit des Vorschlags aus dem Charakter der elterlichen Gewalt als eines absoluten Rechtes ⁵⁾ folgert. Auch der Inhaber eines Rechtes kann nämlich einer Veränderung

- 1) BGH NJW 60, 1719 f. (1720) und 51, 440; OLG Braunschweig als Vorinstanz zu BGH NJW 60, 1719 f.; BayObLG NJW 63, 589 f. (590) und auch FamRZ 62, 169 ff. (170); OLG Karlsruhe FamRZ 61, 533 f. (534); KG FamRZ 60, 163 f. (164); OLG Bremen FamRZ 58, 63 ff. (64); OLG Schleswig JR 52, 406; OLG Freiburg DRZ 49, 116 und ZBJR 51, 119 f.; LG Braunschweig DAVorm XXXII 337; Achilles-Greif § 1671 Anm. 6; Bosch FamRZ 59, 509 (Anm.); Egner a. a. O. 49 f.; Erman-Ronke § 74 Anm. 1 a; Gernhuber, Lb. S. 613; Gerold § 74 Anm. 14; v. Godin § 74 Anm. 5 e, der davon ausgeht, daß die Eltern weder die Einigung widerrufen noch den Vorschlag zurücknehmen können; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 5 B c; Huth § 74 Anm. 3; Müller-Freienfels "Ehe und Recht" 225 Anm. 2 unter Beschränkung auf die Fälle der Fristwahrung; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 2; Schwoerer FamRZ 58, 65 (Anm.) und 433 ff. (436), FamRZ 60, 164 (Anm.) sowie JZ 51, 709 ff. (710 f.), ferner Anm. zu OLG Schleswig EJF A I f Nr. 20; Soergel-Siebert § 74 Anm. 5; dahingestellt bei OLG Hamm JMBINRW 50, 73 und BayObLG DRspr I (164) 86 b = BayOBLGZ 48/51 Nr. 85 S. 306; a. A. SchlHOLG SchlHA 59, 195 = EJF A I f Nr. 20; Erman-Ronke § 1671 Anm. 7 a; Erman-Seiler § 1672 Anm. 3 a; Firsching a. a. O. 56; Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 3, 4, 10 und § 1672 Anm. 2; Munzinger SJZ 49, 98 ff. (101); Riedel a. a. O. 26. Zu sehr vereinfacht ist es, wenn Krüger (in Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 10; dagegen Riedel a. a. O. 26 Anm. 33 und KG FamRZ 60, 163 f. - 164 -) auf den Streit zu dieser Frage hinweist, ihn anscheinend aber mit der Erklärung, "fortan" handle "es sich nur noch um einen verfahrensrechtlichen Vorschlag", als nunmehr bedeutungslos abtun will.
- 2) Vgl. etwa OLG Köln FamRZ 64, 524 ff. (525); KG FamRZ 59, 508 f. - 509 - und 58, 423; Achilles-Greif § 1671 Anm. 6; Riedel a. a. O. 25.
- 3) Siehe hierzu z. B. BGH NJW 51, 440; "Widerspruch des einen Elternteils gegen den eingereichten Vorschlag"; OLG Bremen FamRZ 58, 63 ff. (64); "ein nachträglicher Widerspruch eines Elternteils gegen den eingereichten Vorschlag"; insbesondere auch Erman-Ronke § 1671 Anm. 7 a.
- 4) a. a. O. 26.
- 5) Zur Fragwürdigkeit dieses Ausgangspunktes vgl. oben S. 35 f.

der Ausübungsbefugnis durch hoheitlichen Akt rechtswirksam und unwiderruflich zu stimmen. Die Bedenken gegen die herrschende Meinung ergeben sich aber aus folgenden Überlegungen:

Im Verlauf der bisherigen Untersuchungen ist festgestellt worden, daß es sich bei dem elterlichen Vorschlag um einen Akt handelt, dem lediglich verfahrensrechtliche Wirkungen zukommen. Es liegt daher nahe, die hier aufgeworfene Frage in Parallele zu setzen zur Frage nach dem Widerruf von Prozeßhandlungen.

Die herrschende Ansicht geht dahin, daß Prozeßhandlungen grundsätzlich unwiderrufbar sind ¹⁾, es sei denn, daß der Prozeßgegner durch die Prozeßhandlung eine bestimmte Rechtsstellung erlangt hat ²⁾ oder daß durch sie eine prozessuale Lage endgültig festgestellt oder gestaltet werden soll ^{3) 4)}.

Ist eine Prozeßhandlung unwiderruflich, wenn der Gegner ⁵⁾ durch sie eine bestimmte Rechtsstellung erlangt hat, so müßte der Vorschlag widerrufbar sein, da dem einen Elternteil aus der dem Vormundschaftsgericht gegenüber abgegebenen Erklärung des anderen Teils keine Rechte erwachsen. Lediglich die Entscheidung des Gerichts führt zur Neuregelung der elterlichen Gewalt, auch dann, wenn das Vormundschaftsgericht den Vorschlag "billigt". Der vorgeschlagene Elternteil erwirbt weder eine materielle Rechtsstellung noch ein Recht auf eine bestimmte Entscheidung des Vormundschaftsgerichts. Der elterliche Vorschlag ist nämlich für das Gericht nicht bindend ⁶⁾, wenn er auch vermuten läßt, daß die angeregte Lösung das Kindesinteresse wahrt ⁷⁾.

1) Vgl. Baumbach-Lauterbach Gr 5 G vor § 128; Lent-Jauernig a. a. O. § 29 VII S. 82; Stein-Jonas-Schönke-Pohle Vorbem. V 4 a vor § 128; Wieczorek § 38 Anm. B II c 2; a. A. Schönke-Schröder-Niese § 31 II 1 S. 147.

2) Lent-Jauernig a. a. O. § 29 VII S. 82; Stein-Jonas-Schönke-Pohle Vorbem. V 4 a vor § 128.

3) RG DR 1944, 202; AG Berlin-Schöneberg JR 51, 606; Baumbach-Lauterbach Gr 5 a vor § 128; Stein-Jonas-Schönke-Pohle Vorbem. V 4 a vor § 128; Schönke-Schröder-Niese § 31 II 1 S. 147.

4) Diese Grundsätze gelten auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit; vgl. etwa Keidel § 11 Anm. 7.

5) Beim Vorliegen eines gemeinsamen Vorschlags kann man an sich nicht von einem Gegner sprechen; die Eltern sind vielmehr nur Beteiligte des Sorgerechtsverfahrens (vgl. Jansen Vorbem. 5 vor § 35).

6) BayObLG in BayObLGZ 48/51 Nr. 85 S. 305; Egner a. a. O. 45; H. Lehmann a. a. O. § 29 I 2 S. 180; a. A. offenbar, aber in sich widerspruchsvoll Maßfeller-Reinicke § 1671 Anm. 4.

7) BGH NJW 51, 440; BayObLG wie zu 6); auch KG EJF A I f Nr. 10; unklar KG FamRZ 58, 423.

Der Vorschlag könnte aber unwiderruflich sein, wenn durch die Abgabe der Erklärungen gegenüber dem Vormundschaftsgericht eine bestimmte Verfahrenslage endgültig festgelegt wäre. Auszugehen ist davon, daß das vormundschaftsgerichtliche Verfahren stets dasselbe ist, gleichviel, ob die Eltern einen gemeinsamen Vorschlag unterbreitet haben oder nicht. Das Sorgerechtsverfahren wird durch die Abgabe des gemeinsamen Vorschlags nicht in einer bestimmten Weise gestaltet ¹⁾, wie dies etwa beim Einverständnis mit der Entscheidung ohne mündliche Verhandlung (§ 128 II ZPO) der Fall ist ²⁾. Insbesondere führt die bereits erwähnte Veränderung des Umfangs der gerichtlichen Prüfungspflicht nicht zu einer endgültigen Feststellung oder Gestaltung der prozessualen Lage. Wäre dem so, so könnten die Eltern den gemeinsamen Vorschlag auch nicht gemeinsam wieder zurücknehmen ³⁾.

Wenn auch verfahrensrechtliche Gründe nicht zu einem Ausschluß des Widerrufs zwingen, so wohnt der elterlichen Anregung dennoch das Moment der Endgültigkeit inne. Andernfalls könnten die Eltern wiederholt behaupten, der jeweils vorausgehende Vorschlag sei aus bestimmten Gründen nicht sachdienlich und daher als Grundlage für die gerichtliche Entscheidung nicht verwendbar. Damit würde die elterliche Anregung entwertet. Außerdem wäre bei einer solchen Praxis die dem Vorschlag allgemein zuerkannte Vermutung, er enthalte die dem Kind zuträglichste Lösung ⁴⁾, nicht zu rechtfertigen.

Abgesehen davon spricht für den Ausschluß eines einseitigen Widerrufs des gemeinsamen Vorschlags auch der bei der Frage nach dem Abweichen von einer vorangehenden Einigung bereits dargestellte ⁵⁾ Zweck, den der Gesetzgeber mit der Schaffung des elterlichen Vorschlagsrechts verfolgt hat. Er hat dieser Berechtigung der Eltern eine vorzugsweise Berücksichtigung eingeräumt, um die Eltern zu veranlassen, eine dem Kindeswohl gemäß gültliche Verständigung möglichst rasch zu treffen ⁶⁾. Dieser billigenswerte Zweck würde vereitelt, wenn ein Elternanteil befugt wäre, einseitig von dem Vorschlag abzugehen ⁷⁾. Die Möglichkeit,

1) Vgl. dazu OLG Hamburg NJW 54, 516; Baumbach-Lauterbach Gr 5 G vor § 128; Schöнке-Schröder-Niese a. a. O. § 31 II 1 S. 147 und § 81 III 2 S. 366; Seuffert-Walshmann a. a. O. Vorbem. 4 a vor § 128; BGHZ 28, 278 ff. (282/3).

2) Siehe dazu BGHZ 28, 278 ff. (mit eingehendem Fundstellennachweis); BGHZ 11, 27 ff. (31 f.).

3) Vgl. oben S. 67 f.

4) Vgl. dazu BGH NJW 51, 440; BayObLG in BayObLGZ 1951 Nr. 85 S. 304 f.; Riedel a. a. O. 30, 34; Münzinger SJZ 49, 98 ff. (100); auch KG EJF A I f Nr. 10; a. A. Gernhuber, Lb. S. 612.

5) Vgl. S. 50 f.

6) So BGH NJW 51, 440 f. (441); bestätigt in NJW 60, 1719 f. (1720); auch Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 2.

7) BGH NJW 60, 1719 f. (1720); KG FamRZ 59, 508 f. (509).

einen gemeinsamen Vorschlag zu unterbreiten, ist ihnen nicht im eigenen Interesse gewährt ¹⁾. Sie soll vielmehr vermeiden, daß die Kinder einem sich lange hinziehenden und mit dem Streit der Eltern belasteten Sorgerechtsverfahren ausgesetzt werden, in dem das Gericht gemäß § 1671 III 1 BGB jeden irgendwie erheblichen Umstand berücksichtigen muß ²⁾.

Es ist daher an der bereits zu § 74 EheG 46 bestehenden herrschenden Meinung von der Unwiderruflichkeit des elterlichen Vorschlags durch nur einen Elternteil auch für § 1671 BGB festzuhalten. Eine solche Praxis ist für das Kind, um dessen Wohl es allein geht, nur vorteilhaft.

Der Ausschluß des einseitigen Widerrufs erscheint auch dann nicht bedenklich, wenn ein Elternteil einen Umstand vorträgt, von dem er behauptet, er zwingt ihn im Interesse seines Kindes von seinem Vorschlag wieder abzugehen. Eine Berechtigung, die frühere Erklärung zurückzunehmen, könnte für diese Fälle nur anerkannt werden, wenn im Rahmen des § 1671 BGB selbst kein Weg offenstünde, solche nachträglich vorgetragenen gewichtigen Bedenken eines Elternteils zu berücksichtigen. Die Möglichkeit hierzu findet sich jedoch gerade in § 1671 II BGB ³⁾. Danach kann das Vormundschaftsgericht von einem gemeinsamen Vorschlag abweichen, sobald dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist. Das ist dann der Fall, wenn "triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe vorliegen und wenn ohne die Abweichung eine ungünstige Entwicklung des Kindes zu besorgen wäre" ⁴⁾, ohne daß dabei allerdings vorausgesetzt wird, daß eine Gefährdung oder Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohls oder des Vermögens des Kindes zu befürchten ist ⁵⁾.

- 1) BayObLG FamRZ 56, 85 f.; OLG Schleswig JR 52, 406; Schwoerer FamRZ 58, 65 (Anm.).
- 2) Vgl. auch Egner a. a. O. 45, 46 und oben S. 61. Ähnliche Argumente hat der BGH (BGHZ 28, 278 ff. unter Bezugnahme auf BGHZ 11, 27 ff. (31 f.); vgl. auch Baumbach-Lauterbach § 128 Anm. 5 C mit weit. Literaturhinweisen) zur Frage des Widerrufs des Einverständnisses mit dem schriftlichen Verfahren (§ 128 II ZP) verwandt, wenn er von der Verzögerung des Verfahrens (S. 283 f.) und davon spricht, durch die freie Widerruflichkeit werde "die Zulässigkeit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ... auf einen sehr unsicheren und damit für ein gerichtliches Verfahren höchst ungeeigneten Rechtsboden gestellt" (S. 285).
- 3) So die h. M.; vgl. BayObLG DRspr I (164) 86 b und FamRZ 63, 141; Erman-Ronk § 74 Anm. 1 a; v. Godin § 74 Anm. 5 e; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 5 B c; Soergel-Siebert § 74 Anm. 5 a.
- 4) So KG FamRZ 59, 508 f. (509); ferner KG FamRZ 58, 423 (eingehende Begr.), JFG 22, 5; BayObLG NJW 63, 589 und FamRZ 62, 169 ff. (170); OLG Hamm JMBINRW 59, 67; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 2; Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (434 II 3).
- 5) Vgl. BayObLG NJW 63, 589 und FamRZ 62, 169 ff. (170); KG FamRZ 60, 163 (164), 59, 508 f. (509), 58, 423, JFG 22, 5; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (434 II 3), a. A. noch in FamRZ 54, 120/21.

Es müssen also ernste und gewichtige Bedenken gegen die Billigung des Vorschlags bestehen ¹⁾. Auch wenn dabei nur solche Umstände Beachtung finden, die darauf schließen lassen, daß die angeregte Lösung dem Kindesinteresse zuwiderläuft, so folgt daraus dennoch nicht die Anerkennung eines Rechtes zum Widerruf. Die Unbeachtlichkeit von Einwänden geringerer Bedeutung ist im Gegenteil im Interesse der mit § 1671 II BGB verfolgten baldigen Befriedung der gesamten Verhältnisse nur zu begrüßen ²⁾.

Es leuchtet daher auch nicht ein, wenn Riedel ³⁾ meint, es sei zweckmäßiger, die Widerruflichkeit der Erklärung anzuerkennen. Durch die ausnahmslose Bindung an den Vorschlag wird einerseits die Beachtung wesentlicher Gründe nicht ausgeschlossen, andererseits aber verhindert, daß das Kind einem ausgedehnten Verfahren ausgesetzt wird und die Chance verliert, bald wieder stabile Verhältnisse vorzufinden ⁴⁾.

III. Inhalt des gemeinsamen Vorschlags

Bei der Frage, welchen Inhalt der elterliche Vorschlag haben kann, ist davon auszugehen, daß die Eltern jede Lösung empfehlen können, die das Vormundschaftsgericht durch seinen Spruch für die Beteiligten verbindlich machen kann ⁵⁾. Es wäre auch kaum einzusehen, wenn der Äußerung des elterlichen Willens, auf dessen Beachtung das Gesetz so deutlich hinweist ⁶⁾, engere Grenzen gezogen sein sollen als der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts. Dafür bietet § 1671 BGB keinerlei Anhaltspunkte. Seine Tendenz, dem Kinde jede Hilfe angeeignet zu lassen, und die Einsicht, daß der elterliche Vorschlag dem Interesse des Kindes zu dienen bestimmt ist ⁷⁾, zwingen im Gegenteil dazu, das Vorschlagsrecht

-
- 1) OLG Hamm DRspr I (164) 45 d; Erman-Ronke § 1671 Anm. 9, § 74 Anm. 2 b; Maßfeller-Reinicke § 1671 Anm. 4.
 - 2) Mit solchen Gründen hätte der Widerrufende auch im Änderungsverfahren nach § 1696 BGB keinen Erfolg.
 - 3) a. a. O. 26; in den von Riedel angegebenen Zitaten geht es nicht um die Zweckmäßigkeit; dort wird vielmehr, wenn überhaupt, weniger aus der Sicht einer sinnvollen Lösung als mit formalen Gründen argumentiert.
 - 4) Vgl. auch oben S. 61.
 - 5) So auch OLG Frankfurt FamRZ 62, 171 ff. (171/73); OLG Celle NJW 60, 151; Firsching a. a. O. 56.
 - 6) Vgl. insbesondere BGH NJW 60, 1719 f. (1720) unter Hinweis auf den Entw. der BReg. v. 29.1.1954 - BR-Drucks. Nr. 224; Riedel a. a. O. 23.
 - 7) Vgl. BGH NJW 51, 440 f. (441).

der Eltern möglichst wenig einzuengen.

Es ist deshalb auch verständlich, daß die Eltern nach nahezu einhelliger Ansicht in ihrem Vorschlag auf das sogenannte Vorrecht des nicht schuldigen Elternteils aus § 1671 III 2 BGB keine Rücksicht zu nehmen brauchen ¹⁾.

Janem Grundsatz entsprechend kann Inhalt des Vorschlags sein, dem einen Elternteil die Ausübung der Personensorge, dem anderen die der Vermögenssorge übertragen (§ 1671 IV 2 BGB) ²⁾.

Gleiches wird man für eine Aufspaltung der Personen- oder der Vermögenssorge anzunehmen haben, was besonders oft bei der Trennung von tatsächlicher Sorge für die Person und dazugehöriger Vertretung der Fall sein wird ³⁾. Grundlage dafür

1) Vgl. BGH NJW 51, 879 und 52, 976; BayObLG NJW 64, 1134 f.; SchlHOLG SchlHA 49, 341; KG HRR 41 Nr. 809 = JFG 22, 271; Firsching a.a.O. 56; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 5 C c; Soergel-Siebert § 74 Anm. 5 b; a.A. OLG Neustadt SJZ 49, 118. Lassen die Eltern dieses Vorrecht bei ihrer Anregung außer Betracht, so wird nach dieser Auffassung die dem § 1671 III 2 BGB beigelegte Vermutung der geringeren Eignung des allein schuldigen Elternteils durch die dem gemeinsamen Vorschlag innewohnende Vermutung, daß er auf verantwortungsbewußter Überlegung der Eltern beruhe und daher die Interessen des Kindes wahrer widerlegt (siehe hierzu BGHZ 6, 342 ff. (345) = NJW 52, 976 u. 1255; BGHZ 11, 214 ff. (217 f.) = NJW 51, 440 f. = LM § 74 Nr. 1; BGHZ 3, 52 ff. (59) = NJW 51, 879 f.; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 5 C c; Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 11; Lehmann a.a.O. § 29 I 2 S. 181; Munzinger SJZ 49, 98 ff. (101); Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 2; Prietzel a.a.O. 74; Soergel-Siebert § 74 Anm. 6 und 9 b; kritisch Schwoerer NJW 57, 1594 f.). Nehmen die Eltern auf das Vorrecht des § 1671 III 2 BGB keine Rücksicht, so entbindet dies das Vormundschaftsgericht nach der Rechtsprechung des BGH und des BayObLG nicht davon, die Erziehungseignung des vorgeschlagenen allein schuldigen Elternteils besonders sorgfältig zu prüfen (vgl. oben). BGH u. BayObLG sprechen damit aber im Grunde genommen nur etwas Selbstverständliches aus, da die gerichtliche Prüfung sowieso im Rahmen des § 1671 II BGB als auch in dem des § 1671 III BGB - abgesehen von der durch den Vorschlag herbeigeführten Beschränkung der Prüfung auf wichtige Gründe - stets gleich sorgsam sein muß.

2) Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 2; Riedel a.a.O. 28.

3) Vgl. dazu OLG Hamm JMBlnRW 51, 13; BayObLG in BayObLGZ 1952 Nr. 6 S. 1 f.; OLG München BayJMBL 51, 41; OLG Neustadt Rpfl 50, 131; KG JFG 21, 236 und 22, 278 und DJ 44, 323; Egner a.a.O. 57 f.; von Godin § 74 Anm. 9 Abs. 1; Pfundtner-Neubert § 81 Anm. 3; Rexroth JW 38, 2095; RGRK § 81 Anm. 2; Volmar § 81 Anm. 3; anderer Ansicht: BGH NJW 52, 139 ff. (139 f.); RG DR 45, 271; OLG Celle ZBJR 52, 121; OLG Tübingen DRZ 50, 88; OLG Freiburg DRZ 50, 36

ist § 1671 IV 1 BGB, der nur für den Regelfall die Übertragung aller Befugnisse der elterlichen Gewalt auf nur einen Elternteil vorschreibt.

Zwar könnte im Hinblick auf § 1671 IV 2 BGB, der die Aufteilung der elterlichen Gewalt in Personen- und Vermögenssorge zuläßt, die Meinung vertreten werden, diese ausdrücklich genannte Regelung sei die einzige Ausnahme von § 1671 IV 1 BGB ¹⁾. Damit wäre der oben dargelegten Ansicht der Boden entzogen.

Einer solchen Auslegung stehen aber erhebliche Bedenken entgegen. Sie folgen zunächst aus dem Wortlaut des Gesetzes. § 1671 IV 1 BGB stellt, wie die Verwendung der Worte "in der Regel" zeigt, nur einen Grundsatz auf, wenn auch nicht übersehen werden soll, daß die Betrauung nur eines Elternteils meist die für das Kind günstigste Lösung darstellen wird. Außerdem hätte der Gesetzgeber, sofern er § 1671 IV 2 BGB als einzige Ausnahme angesehen hätte, dies etwa durch den Gebrauch des Wortes "nur" zum Ausdruck gebracht, wie er es in § 1671 II BGB getan hat. Davon abgesehen will nicht recht einleuchten, daß der Richter ²⁾ einerseits gemäß § 1671 III 1 BGB die beste Regelung zu treffen hat, andererseits selbst dann daran gehindert sein soll, eine andere Ausnahme als die des § 1671 IV 2 BGB zuzulassen, wenn diese dem Kindeswohl entspricht. § 1671 IV 1 BGB verliert bei dieser Auslegung nicht seine Bedeutung. Dem in dieser Norm aufgestellten Grundsatz ist vielmehr in allen Zweifelsfällen der Vorzug vor der angeregten Ausnahme zu geben. Es muß daher dem Gericht gestattet sein, auch anders als in § 1671 IV 2 BGB vorgesehen von dem Grundsatz des § 1671 IV 1 BGB abzuweichen, etwa die Personen- oder die Vermögenssorge zwischen den Eltern aufzuteilen. Das vom Bundesgerichtshof ³⁾ an Hand der Entstehungsgeschichte des § 74 EheG 46 dargelegte und vom Oberlandesgericht Frankfurt ⁴⁾ zu § 1671 BGB übernommene Argument, nach dem Wortlaut des Gesetzes werde das Sorgerecht im ganzen von der Entscheidung des Gerichts betroffen, ist demgegenüber nicht schlüssig. Auch wenn das Vormundschaftsgericht einzelne Anordnungen erläßt, so regelt es doch die elterliche Gewalt in ihrer Gesamtheit. Kein Teil der elter-

Fortsetzung der Fußnote 3 von Seite 74:

KG RpfI 44, 197; Achilles-Greifff § 1671 Anm. 5; Erman-Ronke § 1671 Anm. 11 und Vorbem. 2 a vor § 74; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 4 C; Ischinger RpfI 51, 15; Schworerer NJW 52, 284 ff. (285 f.); Soergel-Siebert § 74 Anm. 8.

1) So OLG Frankfurt FamRZ 62, 171 ff. (172); BayObLG FamRZ 64, 454 ff. (455 f.); LG Tübingen FamRZ 60, 121 f.; Firsching a. a. O. 57; Gernhuber, Lb. S. 610.

2) Am richterlichen Entscheidungsspielraum orientiert sich - wie dargelegt - der Umfang des elterlichen Vorschlagsrechtes.

3) NJW 52, 139 f.

4) FamRZ 62, 171 ff. (172).

lichen Sorge bleibt nämlich so bestehen, wie er bis zur gerichtlichen Entscheidung beiden Eltern gemeinsam zustand ¹⁾. Steht dem Vormundschaftsrichter also die Befugnis zu, andere Ausnahmen als die des § 1671 IV 2 BGB zuzulassen, so können, wie ausgeführt, auch die Eltern eine dahingehende Regelung vorschlagen. Allerdings darf die Aufspaltung, wie ein Blick auf die Ausnahme des § 1671 IV 2 BGB zeigt, nur dann erfolgen, wenn das Wohl des Kindes dies erfordert, also erheblich Gründe dafür sprechen. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, so ist es wegen der Gefahr elterlicher Auseinandersetzungen ²⁾ für das Kind stets vorteilhafter, daß Personen- bzw. Vermögenssorge in einer Hand vereint sind.

Die Überlegung, erneute elterliche Streitigkeiten im Interesse des Kindes zu vermeiden, führt ferner zur Unzulässigkeit eines Vorschlags, beiden Eltern gemeinsam die Ausübung der elterlichen Gewalt zu belassen ³⁾. Gleiches gilt, wenn die elterliche Gewalt zwar nur von einem Elternteil ausgeübt werden soll, beide Eltern aber in allen wesentlichen Fragen der Pflege und Erziehung gemeinsam beschließen und das Vormundschaftsgericht nur in Streitfällen anrufen wollen ⁴⁾. Dürfte das Gericht es bei der vor der Scheidung bestehenden Rechtslage belassen, so hätte das Gesetz zudem diesen bedeutsamen Fall ausdrücklich erwähnt, wie es dies hinsichtlich der Aufteilung der elterlichen Sorge in Personen- und Vermögenssorge in § 1671 IV 2 BGB getan hat.

Können die Eltern - wie festgestellt - eine Aufteilung etwa der Vermögens-

-
- 1) Zur gerichtlichen Befugnis zum Erlaß von Einzelanordnungen vgl. auch OLG Hamm JMBINRW 51, 13 (zu § 74 EheG 46); Anordnung der Unterbringung des Kindes bei der Mutter; BayObLG NJW 52, 320; OLG München BayJMBI 51, 41; KG DJ 44, 323 mit Anm. von Blötz, DR 39, 1076 und 40, 2166 = JFG 22, 8 = DFG 40, 175 = HRR 41 Nr. 122; Egner a. a. O. 58; v. Godin § 74 Anm. 9 Abs. 5; Immlau DRZ 47, 395; v. Scanzoni §§ 81, 82 Anm. 10.
- 2) Vgl. hierzu insbesondere BGH NJW 52, 139 ff. (140).
- 3) OLG Hamburg ZBIJR 56, 106 f. = NJW 56, 995 = FamRZ 56, 241 m. abl. Anm. v. Schwoerer; OLG Celle NJW 60, 151 = NdsRpfl 60, 12 = ZBIJR 59, 324; OLG Stuttgart FamRZ 60, 365; OLG Bremen FamRZ 61, 534 f. (535) und EJF A III Nr. 21; KG FamRZ 57, 176; LG Tübingen FamRZ 60, 121 f.; LG Stade MDR 60, 147; Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 5; Erman-Ronke § 1671 Anm. 7 b; Gernhuber, Lb. S. 609; Niclas ZBIJR 63, 48 ff. (49); Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 2; Riedel a. a. O. 29; a. A. Achilles-Greifff § 1671 Anm. 5; Schwoerer FamRZ 60, 122 f. und 56, 242 f. (Anm. zu LG Tübingen und OLG Hamburg).
- 4) OLG Hamburg NJW 56, 995 = FamRZ 56, 241 (m. abl. Anm. v. Schwoerer) = ZBIJR 56, 106 f.; BayObLG FamRZ 64, 523 f.; OLG Neustadt/W. FamRZ 64, 91 f. = RdJ 63, 219; Achilles-Greifff § 1671 Anm. 5; Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 5; Riedel a. a. O. 29.

sorge vorschlagen, so fragt sich gleichzeitig, ob sie darüber hinaus auch die übrigen Bestandteile der elterlichen Gewalt in ihren Vorschlag einbeziehen müssen oder ob sie ihre Erklärung auf Einzelfragen beschränken können ¹⁾. Einzelvorschläge dieser Art könnten die Befugnis betreffen, den Aufenthaltsort ²⁾, die Schule ³⁾, allgemein die gesamte Ausbildung ⁴⁾, die Erziehung ⁵⁾ oder die Religion zu bestimmen. Die Eltern könnten ferner anregen, daß das Kind sich für eine gewisse Zeit noch bei dem Elternteil aufhalten soll, dem die Ausübung der elterlichen Gewalt nicht zugesprochen wird ⁶⁾, zum Beispiel das Kleinkind bei seiner Mutter ⁷⁾.

Auszugehen ist hierbei von dem Grundsatz, daß der Staat den gemeinsamen Willen der Eltern möglichst weitgehend respektieren muß ⁸⁾. Dies folgt aus einem Vergleich des § 1671 III 1 BGB mit der hier anwendbaren Vorschrift des § 1671 II BGB, die der Befugnis des Staates, aus eigener Anschauung die für das Kind förderlichste Regelung zu treffen, enge Grenzen zieht. Der Gesetzgeber geht hierbei davon aus, daß das Vorschlagsrecht den Eltern allein im Interesse ihres Kindes eingeräumt ist ⁹⁾. Sie sind daher gehalten, es auch nur zu dessen Nutzen auszu-

b) Bejahend: OLG Frankfurt FamRZ 55, 146; OLG Hamm JMB1NRW 51, 13; OLG Neustadt DRspr I (164) 46 d; OLG Stuttgart NJW 58, 1972 (Ls.); v. Godin § 74 Anm. 9 a.E.; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 5 B b; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 2; Soergel-Siebert § 74 Anm. 5 b; Schwörer FamRZ 58, 433 ff. (434 f.), JZ 51, 710 Anm. 10 und EJF A III Nr. 6;

verneinend: BGH NJW 52, 139 ff. (139 f.) = JZ 52, 34 = BGHZ 3, 220 = LM § 1666 Nr. 1 mit Anm.; OLG Hamm FamRZ 58, 145; OLG Celle ZBlJR 52, 121 = DRspr I (164) 65 d; OLG Tübingen DRZ 50, 88 = DRspr I (164) 43 c; Achilles-Greif § 1671 Anm. 5; Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 5; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 1; Riedel a. a. O. 29; Soergel-Siebert § 74 Anm. 8 (anders jedoch in Anm. 5 b).

b) Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 5 B b.

b) So der vom BGH (NJW 52, 139 ff.) entschiedene Fall.

b) Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 5 B b; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 2.

b) Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 5 B b.

b) Vgl. dazu auch BGH NJW 52, 1254; OLG Karlsruhe (ZS Freiburg) FamRZ 61, 533 f. (534).

b) So Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 2 (in gewissem Widerspruch zu Anm. 1, wo die Übertragung einzelner Bestandteile der elterlichen Sorge abgelehnt wird); auch v. Godin § 74 Anm. 9 a.E.

b) LG Duisburg MDR 48, 48; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 2; Schwörer NJW 52, 284 ff. (286) u. 57, 1594 (Anm.), JZ 51, 710 Anm. 10, FamRZ 56, 242 (Anm.); aber auch Munzinger SJZ 49, 98 ff. (99).

b) Vgl. BGH NJW 51, 440 f. (441).

üben. Entsprechen die Eltern dieser Verpflichtung, die ein Teil ihrer Erziehungs- und Fürsorgepflicht ist, dadurch, daß sie das Gericht in Form eines Vorschlags auf eine gebotene Einzelanordnung aufmerksam machen, so ist nicht einzusehen, warum man diesem Hinweis nicht die Kraft zubilligen will, die das Gesetz dem Vorschlag in § 1671 II BGB beilegt. Andernfalls würde man den Willen der Eltern mißachten, bei denen das Gesetz das Interesse für das Wohlergehen ihrer Kinder und zumindest zu Anfang des Sorgerechtsverfahrens die größere Sachkenntnis voraussetzt.

Eng verknüpft mit der Frage, ob die Eltern von ihrem Vorschlagsrecht nur hinsichtlich eines Teils der elterlichen Gewalt Gebrauch machen können, ist die Überlegung, ob sie die angeregte Lösung zeitlich begrenzen dürfen. Zu denken ist daran, daß die Eltern für eine bestimmte Zeitspanne um die eine, für die nachfolgende Zeit um eine andere Regelung nachsuchen ¹⁾. Sie wären dazu befugt, wenn das Gericht eine derartige Regelung treffen dürfte.

§ 1671 IV BGB sieht nicht vor, daß das Vormundschaftsgericht von vornherein die Ausübung des Sorgerechts für eine bestimmte Zeit zunächst dem einen und für die folgenden Jahre dem anderen Elternteil übertragen kann, z.B. bei einem Kleinkind ²⁾ oder einem kränklichen Kind zuerst der Mutter und für später dem Vater. Man könnte deshalb meinen, daß auch die Eltern nicht berechtigt seien, eine derartige Lösung vorzuschlagen.

Die Frage ist letztlich nur unter Heranziehung des § 1696 BGB zu beantworten. Danach kann das Vormundschaftsgericht seine Anordnungen jederzeit ändern, wenn es dies im Interesse des Kindes für angezeigt hält. Das Gericht ist also nicht befugt, eine Regelung von vornherein lediglich auf einen bestimmten Zeitabschnitt

1) Zust. OLG Hamburg NJW 56, 995; Achilles-Greiff § 1671 Anm. 7 und § 74 Anm. 5; Gernhuber, Lb. S. 610 f.; v. Godin § 74 Anm. 9 Abs. 3; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 5 B b; Riedel a.a.O. 55 (unten); Schwoerer NJW 52, 284 ff. (285 f. und 1254, JZ 53, 18, EJF A III S. 19, FamRZ 57, 27 f. (Anm. zu OLG Stuttgart); Soergel-Siebert § 74 Anm. 5 b und 8; vgl. auch BGH NJW 51, 879 ff. Anm. 5 b und 8; (881, wo von einer befriedigenden Übergangslösung die Rede ist);

a.A. BGH NJW 52, 1254; OLG Stuttgart ZBJR 63, 258; BayObLG FamRZ 65, 51 f. (52) und 62, 165 ff. (167); OLG Frankfurt FamRZ 62, 171 ff. (172) und RpfL 63, 200; OLG Hamm FamRZ 55, 295 = ZBJR 55, 138 ff. (140); KG FamRZ 57, 176 f.; Egner a.a.O. 57, 62; Erman-Ronke § 74 Anm. 3 B c; Firsching a.a.O. 56; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 3; auch OLG Stuttgart FamRZ 57

2) So Schwoerer NJW 52, 284 ff. (286), FamRZ 60, 122 f., ferner JZ 53, 18, EJF A III S. 19.

zu beschränken und nach dessen Ende erneut zu entscheiden, nur weil es die spätere Entwicklung der Verhältnisse zur Zeit noch nicht genau übersehen kann. Es hat vielmehr alle Umstände, auch die in der Zukunft liegenden, in seine Überlegungen einzubeziehen ¹⁾. Läßt sich die künftige Situation noch nicht überblicken, so muß das Vormundschaftsgericht die Entscheidung fällen, die nach den derzeit übersehbaren Umständen zum Besten des Kindes ist ²⁾. Ändert sich dann die Sachlage, so bietet § 1696 BGB die Möglichkeit einer Neuregelung. Läßt sich dagegen im Zeitpunkt der ersten Entscheidung bereits mit hoher Wahrscheinlichkeit absehen, wie sich die Dinge in Zukunft entwickeln werden, so muß das Vormundschaftsgericht, wenn dies im Interesse des Kindes liegt, schon von vornherein eine Regelung treffen, die dies berücksichtigt ³⁾. Es läge nämlich nicht im Interesse des Kindes, wenn es später in ein neues Verfahren hineingezogen würde, in dem die erste Entscheidung abgeändert werden müßte. Eine solche Lösung wäre für das Kind, weil es ein zweites Verfahren erleben müßte, stets ungünstiger als ein Wechsel, der schon von vornherein festgelegt wird. Sie vertrüge sich nicht mit dem Grundsatz, dem Kind in jeder nur möglichen Weise Hilfe und Schutz zu bieten.

Is somit der Richter bei ausreichend sicheren Anhaltspunkten befugt, eine mit einer Zäsur versehene Entscheidung zu treffen, so sind dementsprechend auch die Eltern berechtigt, einen Vorschlag zu unterbreiten, der für einen späteren Zeitpunkt einen Wechsel des sorgeberechtigten Elternteils vorsieht. Das vielfach für die entgegengesetzte Ansicht gebrauchte, für sich betrachtet durchaus zutreffende Argument, es liege nicht im Interesse des Kindes, wenn die Stetigkeit der Erziehung durch eine zeitliche Aufteilung der elterlichen Sorge unterbrochen werde, kann die hier vertretene Auffassung von der grundsätzlichen Zulässigkeit einer zeitlichen Teilung nicht entkräften. Die auf dem Gedanken der Erziehungskontinuität beruhende Argumentation vermengt die Frage der prinzipiellen Möglichkeit einer Aufteilung mit der Frage, ob im konkreten Falle ein zeitlich bestimmter Wechsel angebracht ist. Es gibt keinen Grundsatz des Inhalts, daß eine Zäsur in der Ausübung der elterlichen Gewalt stets nachteilig sei. Wäre dem so, ver-

1) Vgl. BGH NJW 51, 879 ff. (880/81); BayObLG FamRZ 62, 165 ff. (167 unter Hinweis auf Beschlüsse vom 18.4.1961 - BReg. 1 Z 214/59 - und 4.7.1961 - BReg. 1 Z 74/61 -); OLG Hamm JMBINRW 51, 13; Hinderling a. a. O. 118; Schwoerer NJW 52, 284; Wuzel a. a. O. 27 (unten).

2) Vgl. auch OLG Köln JMBINRW 51, 12; Schwoerer NJW 51, 861 ff. (863) und 52, 284 ff. (285).

3) Schwoerer NJW 52, 284 ff. (285); auch OLG Saarbrücken SRZ 54, 43 ff. = FamRZ 55, 145 f. (Ls.); a. A. BGH NJW 52, 1254 f. (1255); KG FamRZ 57, 176 f., das auf das Änderungsverfahren verweist.

löre gerade auch § 1696 BGB wesentlich an seiner Berechtigung. Stellt sich bei Prüfung des Einzelfalles allerdings heraus, daß der beabsichtigte Wechsel dem Kind nicht erheblich mehr nützt als das Verbleiben bei einem Elternteil, so ist eine zeitliche Aufteilung aus Gründen der Einheitlichkeit der Erziehung nicht angebracht und daher unzulässig.

Die besonders vom Bundesgerichtshof ¹⁾ vorgeschlagene Lösung, die Ausübung der elterlichen Gewalt sofort dem Elternteil zu übertragen, der sie künftig erhalten müßte, und das Kind dem anderen nur tatsächlich zu überlassen mit der Androhung, im Falle störender Eingriffe des Sorgeberechtigten Maßnahmen nach § 1666 BGB zu treffen, schafft für das Kind nur neue mißliche Konflikte; denn anstatt dessen Interessen sogleich im ersten Verfahren ausreichend und mit dem erforderlichen Weitblick zu wahren, macht die Ansicht des Bundesgerichtshofs oft ein zweites Verfahren nach § 1666 BGB notwendig, das gewiß nicht zum Besten des Kindes ist. Daß gleichzeitig mit der Sorgerechtsregelung eine Entscheidung nach § 1666 BGB ergeht, wird nur selten der Fall sein ²⁾. Zu denken wäre etwa daran, daß dem fortan allein sorgeberechtigten Vater, der infolge starker beruflicher Beanspruchung nur sehr wenig Zeit für sein Kind hat, gemäß § 1666 BGB die Unterbringung des Kindes bei der Mutter vorgeschrieben werden müßte. Ist ein solcher Beschluß nach § 1666 BGB erforderlich, so wird es mangels genügender Einsicht des betreffenden Elternteils in der Regel an dessen Erziehungsfähigkeit fehlen und eine Übertragung der Sorge auf ihn schon anfangs nicht angezeigt sein.

Ein Vorschlag, der auf eine zeitliche Abstufung in der Ausübung der elterlichen Gewalt hinausläuft, ist also grundsätzlich zulässig. Er wird allerdings wohl nur in seltenen Fällen die Billigung des Gerichts finden.

Im Unterschied dazu muß ein Vorschlag unbeachtet bleiben, der eine auflösende oder aufschiebende Bedingung enthält, bei deren Eintritt eine andere Verteilung der Sorge ohne erneute Entscheidung des Vormundschaftsgerichts erreicht werden soll. Eine solche Beschränkung des Vorschlags wird vielfach für den Fall vorgenommen, daß ein zur Zeit der Abgabe der elterlichen Anregung noch ungewisser Umstand, etwa die Wiederverheiratung des sorgeberechtigten Elternteils oder die Gründung eines eigenen Hausstandes durch den zunächst nicht Sorgeberechtigten ³⁾, später eintreten sollte ⁴⁾.

1) NJW 52, 1254.

2) Vgl. dazu auch Schworerer NJW 52, 284 ff. (285).

3) Soergel-Siebert § 74 Anm. 8 a.E.

4) Ablehnend ebenfalls BayObLG NJW 52, 320 = BayObLGZ 52 Nr. 6 S. 16; Soergel-Siebert § 74 Anm. 8 a.E.; a.A. KG KGJ 31 A 14 = KG ZBlfG 6, 765; Achilles-Greif § 74 Anm. 5; Egner a.a.O. 57; Gerold § 74 Anm. 16; v. Godin § 74 Anm. 9; Hinderling a.a.O. 120; Hoecherl a.a.O. 51; Schworerer NJW 52, 284 ff. (285 f.); Staudinger-Engelmann § 1635 Anm. 1 c.

Da das Vormundschaftsgericht eine derartige Regelung selbst nicht vornehmen kann, können auch die Eltern sie nicht vorschlagen ¹⁾. Das Gericht hat nämlich bei seiner Entscheidung zwar alle künftigen Umstände zu beachten ²⁾, nicht aber die, deren Eintritt noch völlig ungewiß ist ³⁾. Gerade diese Ungewißheit, die das Gericht nach der Absicht des Gesetzes auf das Änderungsverfahren verweist, ist aber Merkmal der Bedingung im Gegensatz zur Befristung, bei der der Eintritt eines bestimmten Ereignisses von vornherein bereits sicher ist ⁴⁾. Da das Vormundschaftsgericht also nicht befugt ist, eine bedingte Entscheidung zu erlassen, sind auch die Eltern nicht in der Lage, einen wirksamen Vorschlag zu unterbreiten, der eine Bedingung enthält. Zum gleichen Ergebnis führt es, wenn das Bayerische Oberste Landesgericht ⁵⁾ bemerkt, die Neuregelung der elterlichen Gewalt durch das Vormundschaftsgericht sei ein Gestaltungsakt ⁶⁾ und als solcher bedingungsfeindlich. Damit werden die für die hier vertretene Auffassung vorgebrachten Argumente in ein mehr formales Gewand gekleidet. Der Ausschluß einer Bedingung bei Gestaltungsakten im Interesse der Rechtsklarheit und -sicherheit ist nämlich gleichbedeutend mit der Notwendigkeit, ungewisse künftige Umstände bei der Entscheidung über die elterliche Gewalt außer acht zu lassen.

Schlagen die Eltern dennoch eine bedingte Regelung vor, so kann der Vorschlag nicht als unbedingte Erklärung der Eltern aufrechterhalten bleiben, da er als solche nicht dem Willen der Eltern entspricht (Rechtsgedanke des § 139 BGB)⁷⁾. Er ist unzulässig und daher vom Vormundschaftsgericht als Vorschlag nicht zu beachten.

Zulässig muß es dagegen sein, daß die Eltern vorschlagen, die Ausübung der elterlichen Gewalt einem Vormund oder Pfleger zu übertragen ⁸⁾. Eine solche Befugnis der Eltern wird zwar mit der Begründung abgelehnt ⁹⁾, lediglich das

- 1) OLG Celle NJW 60, 151; OLG Frankfurt FamRZ 62, 171 ff. (172/3).
- 2) Vgl. BGH NJW 51, 879 ff. (880/81); BayObLG FamRZ 62, 165 ff. (167 unter Hinweis auf Beschlüsse vom 18.4.1961 - BReg. 1 Z 214/59 - und 4.7.1961 - BReg. 1 Z 74/61 -); OLG Hamm JMBlnRW 51, 13; Hinderling a. a. O. 118; Schwoerer NJW 52, 284; Wuzel a. a. O. 27 (unten).
- 3) Siehe auch Schwoerer NJW 52, 284 ff. (286).
- 4) Palandt-Danckelmann Einf. 1 vor § 158.
- 5) NJW 52, 320 = BayObLGZ 52 Nr. 6 S. 16.
- 6) Ebenso RGZ 63, 275 ff. (279); Achilles-Greif § 1671 Anm. 12; Beitzke a. a. O. § 29 III 7 S. 166; Gerold § 74 Anm. 15; v. Godin § 74 Anm. 13; Munzinger SJZ 49, 98; Staudinger-Engelmann § 1635 Anm. 1 b f.
- 7) Vgl. dazu Palandt-Danckelmann § 139 Anm. 2 c mit weiteren Literaturhinweisen.
- 8) v. Godin § 74 Anm. 5 b.
- 9) Erman-Ronke § 1671 Anm. 7 b; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 5 B b; Krüger-

Vormundschaftsgericht könne gemäß § 1671 V BGB eine solche Maßnahme treffen. Dieses Argument vermag jedoch nicht zu überzeugen. Es wäre nur dann zutreffend, wenn die Neuregelung der elterlichen Gewalt bei Abgabe eines elterlichen Vorschlags durch diesen erfolgen oder zumindest auf ihm basieren würde. Das ist aber nicht der Fall. Allein das Gericht regelt die Ausübung der elterlichen Gewalt. Dem elterlichen Vorschlag kommt in diesem Zusammenhang keine rechtsändernde Wirkung zu. Es kann hier also nicht dahin argumentiert werden, die Eltern könnten einen Vorschlag zur Bestellung eines Vormundes oder Pflegers nicht abgeben, weil nur das Gericht eine solche Bestellung vornehmen dürfe. Davon abgesehen wäre auch kaum einzusehen, daß den Eltern verwehrt sein soll, etwa bei stark beanspruchender Berufstätigkeit aus besserer Einsicht auf die bei beiden nicht gewährleistete Pflege hinzuweisen und deshalb die Ausübung der elterlichen Gewalt durch einen Vormund vorzuschlagen. Dies zu bestreiten, hieße, dem Vorschlagsrechte eine vom Kindeswohl nicht geforderte Schranke zu ziehen und die Eltern zu hindern, stets zum Besten ihrer Kinder zu handeln. Sollte das Gericht allerdings feststellen, daß die Eltern sich mit einem solchen Vorschlag ihrer Sorgspflicht entledigen wollen, so wäre ein Abweichen von der Anregung erforderlich (§ 1671 II BGB). Auch hier gilt also der Grundsatz, daß die Eltern jede Lösung anregen können, die das Vormundschaftsgericht zum Inhalt seines Beschlusses machen kann ¹⁾. So wie der Vormundschaftsrichter die Ausübung der elterlichen Gewalt wenn auch nicht einem beliebigen Dritten, so doch einem Vormund oder Pfleger übertragen kann, sind die Eltern befugt, Entsprechendes vorzuschlagen ²⁾.

IV. Gerichtliche Prüfung des Vorschlags

Gemäß § 1671 II BGB soll ³⁾ das Vormundschaftsgericht von einem gemeinsamen Vorschlag nur abweichen, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist. Es muß sich also im konkreten Falle darüber klar werden, was im einzelnen jeweils das Wohl des Kindes fordert. Ist dies festgestellt, so hat es, indem es die vorgeschlagene Lösung der von ihm gefundenen gegenüberstellt, zu prüfen, ob eine Abweichung von dem Vorschlag nötig ist. Es kann dabei nicht schlechthin nach dem Wohle des Kindes entscheiden, wie sich aus der Verwendung des Wortes "nur" er-

Fortsetzung der Fußnote 9 von Seite 81:

Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 5; Niclas ZBlJR 63, 48 ff. (49); Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 2; Riedel a. a. O. 29; Soergel-Siebert § 74 Anm. 5 b.

1) Ebenso OLG Frankfurt FamRZ 62, 171 ff. (172/3); OLG Celle NJW 60, 151; Firsching a. a. O. 56.

2) Siehe auch v. Godin § 74 Anm. 9 Abs. 4.

3) Die Verwendung des Wortes "soll" durch das Gesetz läßt nicht auf das Vorliegen einer sog. Soll-Vorschrift schließen; vgl. Riedel a. a. O. 33 f.

gibt ¹⁾. Es bedarf vielmehr wichtiger Gründe für eine Ablehnung der elterlichen Anregung ²⁾.

Derartige wichtige Umstände liegen einerseits nicht erst dann vor, wenn das Wohl des Kindes gefährdet würde ³⁾. Andererseits reicht es für eine Ablehnung des Vorschlags aber auch nicht aus, wenn es eine Lösung gibt, die für das Kind noch günstiger ist als die vorgeschlagene ⁴⁾. Entscheidend ist stets, ob den Gründen, die gegen die vorgeschlagene Lösung sprechen, erhebliche Bedeutung zukommt. Deshalb können auch solche Umstände, die bei jeder Sorgerechtsverteilung in Erscheinung treten, bei der Beurteilung des elterlichen Vorschlags eine Rolle spielen, wenn sie im konkreten Falle nur das notwendige Gewicht besitzen ⁵⁾. Hierzu würde etwa die Überlegung gehören, daß ein Mädchen besser von der Mutter, ein Knabe etwa vom Schulalter an besser vom Vater erzogen wird ⁶⁾ oder daß die Trennung des Kindes von einem Elternteil nach der Scheidung für dieses stets eine Erschütterung mit sich bringt.

Die Frage, ob solche wichtigen Gründe vorliegen, kann aber nur dann beantwortet werden, wenn der Richter sich gleichzeitig darüber klar ist, was eigentlich dem Wohle des Kindes dient. Diese Überlegung wirft zwangsläufig die weitere Frage auf, was das Gesetz in § 1671 II BGB unter dem Begriff "Wohl des Kindes" verstanden wissen will.

Wie insbesondere Art. 120 WRV und § 1 JWG erkennen lassen, ist das Wohl des Kindes gewährleistet, wenn die Pflege und Erziehung zur körperlichen, geistigen und seelischen Entwicklung und zur gesellschaftlichen Tüchtigkeit des Kindes führen.

Dem Vormundschaftsrichter ist allerdings damit wenig geholfen ⁷⁾. Ihm wird die Entscheidung hierdurch genausowenig erleichtert, wie wenn Rechtsprechung und Rechtslehre ihn darauf verweisen, das wohlverstandene Interesse des

1) Ebenso Riedel a. a. O. 35.

2) Vgl. BGHZ 3, 53 ff. (60) = NJW 51, 779 ff. (881) = LM § 74 EheG Nr. 2; KG FamRZ 58, 423 = EJF A I f Nr. 11; OLG Celle MDR 47, 154; Erman-Ronke § 1671 Anm. 9; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 5 C c; Maßfeller-Reinicke § 1671 Anm. 4; Riedel a. a. O. 35.

3) So jedoch Blötz AGJJ - Mitteilungen Nr. 29 - Oktober 1959 - S. 28; Schwöerer FamRZ 54, 121.

4) Ebenso Erman-Ronke § 1671 Anm. 9; vgl. auch Palandt-Lauterbach § 48 EheG Anm. 6.

5) Riedel a. a. O. 35; vgl. auch BGH NJW 51, 879 ff. (881) und 52, 976 f. (977); Achilles-Greif § 74 Anm. 11.

6) Vgl. Riedel a. a. O. 35; auch Prietzel a. a. O. 47.

7) Ebenso Prietzel a. a. O. 47.

Kindes im Sinne des § 48 III EheG 46 ¹⁾ sei das Interesse, das bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände dem Wohl des Kindes objektiv am besten entspreche ²⁾.

Man muß sich daher fragen, ob die Rechtsordnung Anhaltspunkte dafür gibt, welches Erziehungsziel das Gericht durch seine Tätigkeit gewährleisten soll.

Nach Riedel ist der Inhalt des Erziehungsziels "bestimmt durch den Kulturkreis, in dem wir leben, also durch das Ideengut und den Wertbereich der abendländischen Kultur und Zivilisation, deren Wesen bisher als christlich-abendländische Kultur charakterisiert werden konnte" ³⁾ ⁴⁾. Riedel bezieht sich dabei auf das Grundgesetz, das seines Erachtens "an den hohen Werten unserer Kultur festhalten will" ⁵⁾.

Diese Ausführungen tragen allerdings nur wenig zur Lösung des Problems bei. Außerdem bekennt sich das Grundgesetz an keiner Stelle zu einem bestimmten Erziehungsideal ⁶⁾ und läßt deshalb keinesfalls nur eine bestimmte Erziehung als ordnungsgemäße Ausübung der elterlichen Gewalt zu. Dies kann insbesondere nicht aus Art. 2 I GG gefolgert werden, in dem vom Sittengesetz die Rede ist. Aus der Bezugnahme auf den Begriff "Sittengesetz" ließe sich lediglich folgern, daß ein Verhalten der Eltern bei der Ausübung der elterlichen Gewalt, das nicht den Anforderungen des Sittengesetzes entspricht, ungesetzlich ist ⁷⁾. Innerhalb dieses so umgrenzten Bereichs handeln die Eltern allein nach ihrem pflichtgemäßen Ermes-

1) Damit ist nichts anderes gemeint als das Wohl des Kindes; vgl. Riedel a. a. O. 39; auch Gerold § 74 Anm. 16.

2) OGHBrZ NJW 47/48, 581 ff. (583) und DRZ 49, 568; OLG Frankfurt SJZ 48, 89; Hoffmann-Stephan § 48 Anm. 5 C; Soergel-Siebert § 74 Anm. 8.

3) a. a. O. 39, ferner auch GJS Einl. S. 26 ff. und JWG Abschnitt VI 3 S. 203, 206; Howard Becker in "Verhandlungen des 9. Dt. Soziologentages" S. 62.

4) Ähnlich das OVG Münster (EJF F II Nr. 2 S. 5), wo es die Ansicht vertritt, daß eine Schrift Jugendliche sittlich gefährde, "wenn sie nach ihrer mutmaßlichen Wirkung in jungen Menschen den Aufbau der unserer christlich-abendländischen Weltanschauung ... entsprechenden Willenskräfte erschwert und dadurch die Jugendlichen der Gefahr sittlicher Verwahrlosung aussetzt". Es gelangt damit im Ergebnis zur Auffassung Riedels, wonach nur eine Erziehung im christlich-abendländischen Sinne sich innerhalb der Grenzen hält, die unsere Rechtsordnung dem elterlichen Erziehungsrecht setzt.

5) JWG Abschnitt IV 3 S. 206.

6) Ähnlich Becker, "Recht auf Erziehung" in "Ausstöße", Berichte aus der Arbeit der Evang. Akademie Hofgeismar, Nr. 3 (Juli 1959) S. 57 ff. (58); Krüger-Breetzke-Nowak § 1631 Anm. 2; Würtenberger NDV 59, 168 ff. (175).

7) Ebenso v. Mangoldt-Klein Art. 6 Anm. IV 5 b S. 274.

sen ¹⁾, das nicht im Sinne eines bestimmten Erziehungsideals festgelegt ist. Unsere Rechtsordnung ist hinsichtlich der Erziehungsziele so lange wertneutral ²⁾, als diese sich in dem durch das Sittengesetz beschränkten Rahmen halten.

Selbst wenn das Grundgesetz auf Normen fußen sollte, wie sie ihre Ausprägung durch das Gedankengut der christlich-abendländischen Kultur erfahren haben ³⁾, wären die Eltern bei der Ausübung der elterlichen Gewalt also nicht an ein vom Staat proklamiertes christlich-abendländisches oder an irgendein anderes Erziehungsbild gebunden ^{4) 5)}.

- 1) Vgl. BVerfG NJW 58, 865; auch Gernhuber, Lb. S. 39 und Krüger-Breetzke-Nowak § 1631 Anm. 2.
- 2) Ebenso Hamann Art. 2 Anm. 7; aber auch Peters in Festschr. f. Laun, 1953, S. 670: "... beweisen diese Abkehr von der Wertneutralität für das Grundgesetz eindeutig".
- 3) Wie kontrovers die zu dieser Frage vertretenen Ansichten sind, mögen einige wenige Literaturhinweise dartun, Hamann, a. a. O. Art. 2 Anm. 7, schreibt: "Das Sittengesetz" umfaßt alle sittlichen Normen, die Allgemeingut aller Kulturvölker sind, wobei allerdings spezifisch deutsche Anschauungen nicht ohne weiteres ausgeschaltet werden dürfen ... Ebenso darf im Hinblick auf die weltanschauliche Neutralität unseres Grundgesetzes das Sittengesetz nicht auf die "abendländische" Kultur bezogen werden." Wernicke, in BK Art. 2 Anm. II 1 b, bezeichnet das Sittengesetz als einen "Begriff mit keineswegs unveränderlichem Inhalt, für den die jeweils herrschenden Anschauungen über die sittliche Freiheit und Gebundenheit des Individuums maßgebend sind"; Maunz-Dürig, a. a. O. Art. 2 Abs. 1 Anm. 16 (unten), meint: "Es kommt nicht auf eine Übereinstimmung der sittlichen Anschauungen "in der Welt" oder "im abendländischen Kulturkreis" an, sondern von vornherein nur auf das sittliche Bewußtsein unserer Rechtsgemeinschaft." Von Mangoldt-Klein, a. a. O. Art. 2 Anm. III 3 S. 165, bemerken: Das Sittengesetz kann "hier nur in seiner Erscheinungsform der sozialen Sittlichkeit des Zusammenlebens gemeint sein"; in Anm. III 6 b S. 172 weisen sie auf "deutlich sichtbare Spuren des christlichen Naturrechts" hin. Peters schreibt in Festschrift für Laun, 1953, S. 677: "Mir scheint hier (sc. beim Sittengesetz) die Summe derjenigen sittlichen Normen gemeint zu sein, die Allgemeingut der abendländischen Kultur sind."
- 4) Ein Beispiel mag diese Feststellung noch erhärten: Eltern erziehen ihr Kind in atheistischem Geist, also entgegen einem christlich-abendländischen Erziehungsideal. Niemand wird bezweifeln, daß die Eltern, die sich hinsichtlich der Freiheit ihrer eigenen Weltanschauung auf Art. 4 GG berufen können, dazu befugt sind. Bestünde ein für sie verbindliches christlich-abendländisches Erziehungsbild, so könnte der Staat wegen Verletzung ihrer erzieherischen Pflichten gemäß § 1666 BGB gegen sie einschreiten. Das ist aber nicht der Fall.

Die Frage, was das Gesetz unter dem Wohl des Kindes versteht, läßt sich nur dann befriedigend lösen, wenn man sich folgendes vor Augen hält: Der Staat hat sich durch die Gewährleistung der Ehe und Familie in Art. 6 GG selbst eine Schranke gesetzt, innerhalb derer er den Eltern in den Fragen der Kindererziehung weitgehend freien Raum läßt¹⁾. Er darf in familiäre Angelegenheiten nicht mehr eingreifen, als unbedingt erforderlich ist²⁾. Er besitzt lediglich ein Überwachungsrecht (Art. 6 II 2 GG), von dem er dann Gebrauch zu machen hat, wenn die Eltern ersichtlich zum Nachteil ihres Kindes handeln³⁾, d. h., wenn sie ihm keine oder nur eine mangelhafte körperliche Pflege oder keine oder eine allgemein als asozial angesehene geistige Bildung - z. B. eine Erziehung zum Verbrechertum etwa durch Anhalten zum Diebstahl oder ständige Kundgabe der Mißachtung fremden Lebens - zukommen lassen. Die staatlichen Organe dürfen in Fragen der Erziehung ihre Meinung nicht an die Stelle der der Eltern setzen, solange sich deren Auffassungen in einer pluralistischen Gesellschaft, in der die verschiedensten Geistesströmungen ihren Platz haben, noch vertreten lassen, ohne den Bestand dieser Gemeinschaft anzugreifen⁴⁾. Daher darf auch der Vormundschaftsrichter bei der Prüfung des elter-

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 85:

Vgl. in diesem Zusammenhang etwa auch BVerfG in NJW 58, 865 zur Frage der Erziehung im Sinne der sog. Freikörperkultur (zustimmend Gernhuber, Lb. S. 39) und Hans Peters a. a. O. 375 Anm. 21; a. A. Riedel a. a. O. 40 und JWG § 56 Anm. 4 B b - bb - S. 218, Abschnitt VI Vorbem. 3 S. 204, Anhang 411 unter "Sittlichkeit").

- 5) Ebensowenig, wie der Richter von einem bestimmten Erziehungsbild ausgehen darf, ist er berechtigt, seine politische Überzeugung bei der Entscheidung mitzusprechen zu lassen (vgl. v. Godin § 74 Anm. 8). Er hat einzig darauf zu achten, daß das Kind nicht dazu erzogen wird, sich später gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung (Art. 18 Satz 1, 21 Abs. 2 GG; vgl. auch Göppinger in v. Staudinger, Vorbem. vor § 1666 Randnote 8) zu wenden. Weiß er beispielsweise, daß ein Elternteil das Kind den verfassungswidrigen Zielen einer verbotenen politischen Vereinigung entsprechend erziehen würde, so darf er diesen nicht mit der Ausübung der elterlichen Gewalt betrauen (Art. 97 Abs. 1 i. V. m. Art. 21 Abs. 2 GG).

1) A. A. Schilling ZBlJR 56, 280 ff. (283 f.).

2) BGH NJW 56, 1794 ff. (1795); Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 2; Schwöerer JZ 51, 709, JR 52, 269; Schnitzerling a. a. O. 2.

3) Vgl. BVerfG NJW 58, 865.

4) Vgl. dazu auch Becker, "Recht auf Erziehung" in "Ausstöße", Berichte aus der Arbeit der Evang. Akademie Hofgeismar, Nr. 3 (Juli 1959) S. 57 ff. (58); aber auch BGHSt 3, 258 und BVerwG Urteil vom 21.12.1953 - BVerwG I C 14/53 (mitgeteilt bei Schilling ZBlJR 56, 280 ff. - 283 -).

lichen Vorschlags grundsätzlich sein Erziehungsideal nicht an die Stelle des elterlichen Erziehungsideals setzen. Er kann den Vorschlag nur aus Gründen ablehnen, die erwiesenermaßen dem Kinde in leiblicher, seelischer oder gesellschaftlicher Beziehung schaden können. Eine solche Schädigung ist bereits dann anzunehmen, wenn das Kind weder leiblich noch seelisch noch gesellschaftlich tüchtig wäre, sondern sich in seinem Dasein ganz oder überwiegend nur mit der Unterstützung anderer behaupten könnte. Einige Beispiele sollen dieser Feststellung eine konkretere Form verleihen.

So darf der Richter ein Kleinkind oder ein kränkliches Kind, das auf die Fürsorge und Pflege der Mutter dringend angewiesen ist, trotz anderslautendem Vorschlag nicht dem Vater zuweisen ¹⁾. Zur Ablehnung der elterlichen Anregung kann es im Interesse der Gesundheit des Kindes ebenso führen, wenn dieses andernfalls einen strapazenreichen Schulweg hätte ²⁾. Nähme das Kind bei Billigung dieses Vorschlags leiblichen Schaden, so hat das Gericht auf der anderen Seite auch darauf zu achten, daß das Kind in geistiger und seelischer Hinsicht nicht etwa dadurch gehemmt wird, daß es zu dem Elternteil gelangt, zu dem es infolge längerer Trennung kaum noch eine gefühlsmäßige Bindung besitzt ³⁾. Gleiches gälte, wenn ein besonders empfindsames Kind durch den Verlust eines Elternteils seelischen Schaden erlitte ⁴⁾. Dann ist die Fortsetzung der bisherigen Erziehung durch Vater oder Mutter erforderlich ⁵⁾. Gerade im Hinblick auf die seelische Entwicklung kann für die Ablehnung des Vorschlags außerdem entscheidend sein, daß das aus einer konfessionell gemischten Ehe stammende Kind zu dem Elternteil käme, der nicht das Bekenntnis des Kindes hat ⁶⁾. Auf der gleichen Ebene liegt es, wenn der Richter ein schwer erziehbares Kind entgegen der elterlichen Anregung zum Vater gibt ⁷⁾, weil dieser einerseits eine strengere, andererseits aber auch eine

- 1) Siehe OLG Stuttgart FamRZ 57, 27 mit Anm. von Schwoerer; Achilles-Greiff § 1671 Anm. 7 und § 74 Anm. 11; Riedel a. a. O. 35.
- 2) Vgl. Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 3.
- 3) Vgl. auch BayObLG SJZ 49, 628; KG JW 38, 374; Achilles-Greiff § 1671 Anm. 7 und § 74 Anm. 11; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 3.
- 4) Achilles-Greiff § 1671 Anm. 7 und § 74 Anm. 11; Riedel a. a. O. 35; OLG München JFG 14 Nr. 6 S. 21 ff. (22).
- 5) Riedel a. a. O. 35.
- 6) Ebenso OLG Freiburg JR 50, 370; Achilles-Greiff § 1671 Anm. 7; aber auch BayObLG in BayObLGZ 1951 Nr. 102 S. 421 ff. (422 f.).
- 7) Vgl. auch Palandt-Lauterbach § 48 EheG Anm. 6; ferner OGH Köln MDR 50, 416; BayObLG NJW 53, 626; OLG Oldenburg NdsRpfl 57, 10; Achilles-Greiff § 1671 Anm. 7 und § 74 Anm. 11; Erman-Ronke § 48 EheG Anm. 6 c; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 3.

den besonderen Bedürfnissen des Kindes gerecht werdende, einsichtsvolle Erziehung gewährleistet.

Neben den überwiegend in der Person des Kindes liegenden Gründen können auch Umstände, die in der Person eines Elternteils oder eines anderen Menschen begründet sind, dazu zwingen, den Vorschlag zu verwerfen. Hierher gehört ganz allgemein die mangelnde Eignung des vorgeschlagenen Elternteils zur Sorge für die Person oder das Vermögen des Kindes ¹⁾, etwa dann, wenn der Vater infolge seiner beruflichen Tätigkeit dem Kind keine oder nur wenig erzieherische Betreuung angedeihen lassen kann ²⁾, andererseits aber auch der Umstand, daß die beruflichen Interessen des Kindes bei dem Elternteil, der das Kind nach dem Willen der Eltern nicht erhalten soll, besonders gefördert würden ³⁾. Gründe in der Person eines Dritten, die zur leiblichen, geistigen oder seelischen Schädigung des Kindes führen und daher eine Ablehnung der elterlichen Anregung meist notwendig machen, können sein der schlechte Einfluß eines neuen Ehegatten oder die Bevorzugung der eigenen Kinder dieses Ehegatten vor dem Kind aus der geschiedenen Ehe ⁴⁾, ferner eine ansteckende schwere Krankheit des neuen Ehegatten oder seiner mit ihm zusammenlebenden Angehörigen wie auch die Gefahr, daß das Kind infolge länger dauernder Arbeitslosigkeit oder Arbeitsunfähigkeit des Stiefvaters unzureichend versorgt wird oder etwa seine Ausbildung abbrechen muß, um zum Unterhalt der neuen Familie beizutragen.

Das Vormundschaftsgericht hat schließlich auch auf alle anderen Umstände zu achten, sofern diese sich für das Gedeihen des Kindes negativ auswirken. So kann es beispielsweise zu der Auffassung kommen, daß die vorgesehene Trennung von Geschwistern ⁵⁾ oder eine unbefriedigende Unterbringung ⁶⁾ eine Mißbilligung des Vorschlags ratsam erscheinen lassen.

Besonderen Anlaß, auf das Wohl des Kindes zu achten, hat das Gericht, sobald ein zeitlich befristeter Vorschlag ⁷⁾ eingeht. Bei dessen Prüfung hat es trotz der prinzipiellen Zulässigkeit einer zeitlichen Abstufung ⁸⁾ stets zu prüfen, ob es im konkreten Falle im Interesse des Kindes liegt, wenn die Stetigkeit der Erzie-

1) Siehe auch Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 16.

2) Erman-Ronke § 48 EheG Anm. 6 c.

3) Vgl. auch Krüger-Breetzke-Nowak § 1628 Anm. 17.

4) Siehe KG FamRZ 57, 176 f. (177); aber auch BayObLG NJW 53, 626.

5) Hierzu auch § 81 EheG 38; ferner Achilles-Greif § 74 Anm. 11.

6) Vgl. Achilles-Greif § 1671 Anm. 7 und § 74 Anm. 11; Erman-Ronke § 48 EheG Anm. 6 c.

7) Zu dessen Zulässigkeit S. 78 ff.

8) Vgl. S. 79 ff.

hung ¹⁾ durch einen Wechsel des sorgenden Elternteils unterbrochen wird. Es ist daher anerkannt, daß die Entscheidung des Gerichts tunlichst eine endgültige Regelung herbeiführen soll ²⁾. Eine zeitliche Aufteilung der Ausübung der elterlichen Gewalt wird somit die Ausnahme bleiben müssen ³⁾, ähnlich wie bei der Aufteilung der elterlichen Gewalt in Personen- und Vermögenssorge, die auch nur zulässig ist, wenn das Wohl des Kindes es erfordert (§ 1671 IV 2 BGB).

Einer noch weitgehenderen Beschränkung unterliegt das Vormundschaftsgericht in den Fällen, in denen die Eltern die Übertragung ihrer Sorge auf einen Vormund oder Pfleger anregen. Hier kann der Richter, wie sich aus § 1671 II in Verbindung mit § 1671 V BGB ergibt, den Vorschlag nur dann billigen, wenn dies erforderlich ist, um eine Gefahr für das geistige oder leibliche Wohl des Kindes abzuwenden ⁴⁾. Eine solche Anregung der Eltern allein mit dem Maßstab des § 1671 II BGB zu messen, hieße, daß das Gericht über seine in § 1671 V BGB normierten Befugnisse hinausginge. Die in dieser Vorschrift zur Wahrung des Elternrechts ⁵⁾ gesetzten Schranken gelten nicht nur, wenn das Vormundschaftsgericht ohne entsprechenden elterlichen Vorschlag die Bestellung eines Vormunds oder Pflegers für angezeigt hält, sondern auch dann, wenn die Eltern selbst darum bitten. Den Eltern fehlt es, wenn die Voraussetzungen des § 1671 V BGB nicht gegeben sind, mit Rücksicht auf die Qualität der elterlichen Gewalt als eines unverzichtbaren Menschenrechtes ⁶⁾ an der Befugnis, die Ausübung der elterlichen Gewalt aufgeben zu können.

- 1) Dazu BayObLG FamRZ 62, 169 ff. (170); KG FamRZ 57, 176 f., OLGE 33, 365, 16, 7, 4, 357 und RJA 1, 93; OLG Stuttgart FamRZ 60, 406 f. (407); OLG Hamm ZBlJR 56, 180 f.; BayObLG NJW 53, 626; OLG Celle JR 49, 156; OLG Freiburg RpfL 52, 427; Egner a. a. O. 57; Erman-Ronke § 74 Anm. 3 B c; v. Godin § 74 Anm. 9 Abs. 3; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 B und 7; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 3 a. E.; Prietzel a. a. O. 85 f.; Schwoerer NJW 52, 284/85; Soergel-Siebert § 74 Anm. 5 b und 8.
- 2) OLG Hamm JMBINRW 51, 13; KG JFG 22, 5 ff. (7) = HRR 41 Nr. 121; Schwoerer NJW 52, 284.
- 3) Ebenso OLG Frankfurt FamRZ 62, 171 ff. (172); BayObLG NJW 52, 321; Achilles-Greif § 74 Anm. 5; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 B a. E.; Schwoerer NJW 52, 284 ff. (285).
- 4) Für die Erstreckung des Anwendungsbereichs des § 1671 V BGB auch OLG Frankfurt (ZS Kassel) EJf A I f Nr. 27 S. 70 und KG FamRZ 59, 256 f. (257) mit zustimmender Anm. von Schwoerer; derselbe in FamRZ 58, 433 ff. (440); ablehnend Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 20.
- 5) Vgl. KG FamRZ 59, 256 f. (257) mit zustimmender Anm. von Schwoerer; OLG Bremen MDR 54, 179; Achilles-Greif § 1671 Anm. 11.
- 6) Vgl. S. 47.

Ist also das leibliche oder geistige Wohl des Kindes im Falle eines Verbleibens der elterlichen Sorge bei einem Elternteil nicht gefährdet, so kann das Vormundschaftsgericht einem Vorschlag, der deren Übertragung auf einen Vormund oder Pfleger zum Inhalt hat, nicht folgen.

C. DIE SORGERECHTSREGELUNG OHNE ELTERLICHEN VORSCHLAG ODER BEI ABLEHNUNG DES VORSCHLAGS

I. Allgemeines

Liegt kein gemeinsamer Vorschlag der Eltern vor oder findet er nicht die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts, so hat das Gericht die Regelung zu treffen, die unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem Wohle des Kindes am besten entspricht (§ 1671 III 1 BGB) ¹⁾ ²⁾. Diese Formulierung des Gesetzgebers läßt allerdings nicht erkennen, wie wenig förderlich das Sorgerechtsverfahren für das Kind zunächst oft ist: Haben die Eltern eine bestimmte Lösung angeregt, so lassen sie in der Regel ihre zur Scheidung oder Trennung führende eheliche Auseinandersetzung und ihre gegenseitige Abneigung im Interesse ihres Kindes beiseite. Ist aber ein solcher Vorschlag nicht vorhanden oder sagt er dem Gericht nicht zu, so stellt sich das Sorgerechtsverfahren praktisch meist als eine Fortsetzung des Scheidungsverfahrens oder, allgemein gesagt, des Streites der Eltern dar. Diese beziehen, sicher oft in der ehrlichen Überzeugung, vielfach aber auch unter dem Vorwand, das Kind sei bei dem anderen Elternteil nicht gut aufgehoben, gegenseitig Stellung und tragen dabei ihre im Grunde nur sie angehenden Spannungen zum Nachteil des Kindes in das vormundschaftsgerichtliche Verfahren hinein. Das gesunde Spannungsverhältnis, das in einer lebensfähigen Familie zwischen den Ehegatten und zwischen Eltern und Kindern besteht, wandelt sich zufolge der zusammengebrochenen Gattenbeziehung in schädliche Einflüsse, die sich auf das wehrlose Kind negativ auswirken können. Unter diesen Voraussetzungen wird das Kind zum Spielball elterlicher Interessen, die oft sogar so weit gehen, daß es den Eltern als Mittel dient, den anderen Teil die gegenseitige Abneigung fühlen zu lassen.

Vernachlässigen die Eltern auf diese Weise ihre Verpflichtung, allein dem

1) Das Gesetz wiederholt damit in der Sache das, was bereits in § 81 I 2 EheG 38 und § 74 II 1 EheG 46 bestimmt war (Riedel a. a. O. 38; auch Soergel-Siebert § 74 Anm. 1).

2) Der Fall, in dem ein Ehegatte allein für schuldig erklärt ist (§ 1671 III 2 BGB), soll hier ausgeklammert werden. Er erfährt mit Rücksicht auf seine spezielle Problematik eine besondere Betrachtung (S. 111 ff.).

Wohle ihrer Kinder zu dienen ¹⁾, so ist der Staat gemäß § 1671 III 1 BGB berufen, das Interesse des auf seinen Schutz angewiesenen Kindes mit allen Kräften zu fördern.

Daraus folgt zugleich, daß das Vormundschaftsgericht lediglich dafür zu sorgen hat, das Wohl des schutzbedürftigen Kindes zu wahren, nicht jedoch die Interessen eines Elternteils zu beachten ²⁾, mag er durch die Scheidung noch so sehr getroffen worden sein. Es sind nicht die Eltern, die eine staatliche Hilfe beanspruchen können, sondern es ist allein das minderjährige, noch in seiner Entwicklung befindliche Kind, das vor der Gefahr einer Fehlentwicklung bewahrt werden muß. Darauf hat es Anspruch ³⁾, wie § 1 JWG zeigt. Es ist daher nicht sehr klar formuliert, wenn insbesondere in der Rechtslehre ⁴⁾ verschiedentlich die Ansicht geäußert wird, der Wunsch eines Elternteils, das Kind zu behalten, könne berücksichtigt werden, sofern sich dies mit den Interessen des Kindes vertrage, oder wenn etwa gesagt wird, der Vormundschaftsrichter solle an die berechtigten Gefühle der Eltern denken, solange die körperliche oder seelische Entwicklung des Kindes darunter nicht leide ⁵⁾. Dieser Wunsch, das Kind zu behalten, mag oft Ausdruck einer liebevollen Verbundenheit mit dem Kind und ein Hinweis darauf sein, daß bei dem betreffenden Elternteil für das Kind besonders gut gesorgt würde. Die Bitte, das Kind erziehen zu dürfen, indiziert also vielfach positive Eigenschaften des fraglichen Elternteils und wird dann auch beachtlich sein. Diese Feststellung darf allerdings nicht darüber täuschen, daß das Kindeswohl den einzigen entscheidungserheblichen Gesichtspunkt darstellt ⁶⁾; ihm haben sich alle übrigen Momente unterzuordnen, falls diese dem Kindesinteresse auch nur geringfügig entgegenstehen. In diesem Sinne ist es auch zu verstehen, wenn erklärt wird, das Wohl des Kindes sei oberste Richtschnur für die Entscheidung des Gerichts ⁷⁾. Das Kindeswohl ist der Maßstab, mit dem der Richter die gesamten Verhältnisse ⁸⁾ zu messen hat.

1) Vgl. dazu oben S. 35 f.

2) Siehe auch Gernhuber, Lb. S. 614; Wentzel in Klang-Gschnitzer § 142 Anm. III 2 b; ferner Marthaler a. a. O. 44.

3) Ob § 1 JWG dem Kind einen Rechtsanspruch auf Erziehungshilfe gegen den Staat gibt, soll hier nicht erörtert werden; vgl. dazu etwa Friedeberg-Polligkeit a. a. O. 58 ff.; Ottendorff a. a. O.; Peters "Elternrecht" 400, ferner JuWo 55, 122 ff.; Potrykus JWG S. 25; Rothe UJ 58, 194 ff.

4) Bach DRZ 50, 77 f. (78); Egner a. a. O. 54.

5) So jedoch Egner a. a. O. 54.

6) Vgl. v. Godin § 74 Anm. 7; Wentzel in Klang-Gschnitzer § 142 Anm. III 2 a.

7) So z. B. Beitzke a. a. O. § 29 III 3 S. 165; Blötz DFG 43, 35 ff. (37).

8) So § 1671 III 1 BGB.

II. Die gerichtliche Entscheidung im Rahmen des § 1671 III 1 BGB

Bei seiner allein am Kindeswohl orientierten Entscheidung hat das Vormundschaftsgericht darüber zu befinden, bei welchem Elternteil die größere Gewähr dafür besteht, daß das Kind sich leiblich, geistig und seelisch gut entwickelt. Es muß in diesem Zusammenhang im wesentlichen folgende Gesichtspunkte beachten: die körperliche und seelische Eigenart des Kindes, die persönlichen und sachlichen Verhältnisse der Eltern und die Einflüsse Dritter und der Umwelt.

1. Die körperliche und seelische Eigenart des Kindes

Die geistige und seelische Bildung des Kindes ist in erster Linie entscheidend für die gesamte Entwicklung des Kindes ¹⁾. So führen Fehlentwicklungen gerade im seelischen Bereich meist auch zu körperlichen Mängeln oder Krankheiten ²⁾, während dieser Zusammenhang umgekehrt weit weniger feststellbar ist. Der richtigen Formung der geistigen und seelischen Kräfte eines jungen Menschen kommt daher überragende Bedeutung zu. Die Ausübung der elterlichen Gewalt ist mithin, wenn beim einen Elternteil mehr das körperliche Wohlergehen, beim anderen mehr das seelische gewährleistet ist, dem letzteren zu belassen ³⁾, es sei denn, daß bei diesem die körperliche Entwicklung so stark beeinträchtigt würde, daß umgekehrt mit geistigen und seelischen Schäden des Kindes gerechnet werden müßte ⁴⁾.

Im Rahmen gerade dieser Überlegungen gewinnt erhebliche Bedeutung die Frage der Verteilung von Kindern aus konfessionell gemischten Ehen ⁵⁾. Ausgangspunkt ist hierbei die Überlegung, daß Kinder von einem gewissen Alter ab bei dem Elternteil bleiben sollten, dessen Bekenntnis sie teilen. Voraussetzung ist natürlich, daß ihnen schon eine bestimmte religiöse Auffassung und nicht nur eine allgemeine Vorstellung über Gott sowie über Gut und Böse eigen ist. Ist dies nicht der Fall, so

1) Fleig a. a. O. 11.

2) Vgl. dazu auch Cameron in Giese-Willy a. a. O. 276; Egner a. a. O. 55; Hadriga a. a. O. 115; Schottlaender a. a. O. 24, 42 f., 78; Wallenstein a. a. O. 212.

3) Ebenso Egner a. a. O. 55; Erman-Ronke § 74 Anm. 3 B a; v. Godin § 74 Anm. 7. Stets ist auch zu beachten, daß der Elternteil, dem die Kinder nicht belassen werden, zu deren Unterhalt beizutragen hat. Daher kann auch eine Zuteilung an einen Elternteil, der nur ein geringes eigenes Einkommen besitzt, gerechtfertigt sein.

4) Ebenso v. Godin § 74 Anm. 7; Fleig a. a. O. 11; Müller-Eckhard a. a. O. 14; Zimmermann UJ 57, 533.

5) Vgl. hierzu auch BayObLG in NJW 63, 590 ff. und BayObLGZ 48/51 Nr. 102 S. 421 ff.; Gernhuber, Lb. S. 587 f.; Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 12; Riedel a. a. O. 53.

besteht noch nicht die Gefahr eines dem Wohle des Kindes abträglichen seelischen Konfliktes, den es erleiden müßte, wenn plötzlich seine religiösen Vorstellungen umgestürzt werden ¹⁾. Es ist daher grundsätzlich zutreffend, wenn das Bayerische Oberste Landesgericht ²⁾ meint, die Religionsverschiedenheit könne nicht schlechthin die Überlassung der Sorge an den einem anderen Glauben anhängenden Eltern-
 teil verhindern. Dies ist je nach Alter und Einsicht des Kindes sowie der Intensität der bisherigen religiösen Erziehung verschieden zu beurteilen ³⁾. Eine generelle Antwort darauf gibt es nicht. Auch das Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15.7.1921 ⁴⁾ bietet hierfür keinen verlässlichen Anhaltspunkt. Die §§ 2 III 5, 3 II 5 RKEG, wonach das Kind mit Vollendung des 10. Lebensjahres zur Regelung seines Bekenntnisses gehört werden muß, lassen jedoch den Gedanken des Gesetzgebers erkennen, daß ein Kind von zehn Jahren eine gewisse Einsicht in das Wesen einer bestimmten Religion besitzt. Andernfalls wäre seine Anhörung überflüssig.

Im konkreten Falle ist es aber durchaus möglich, ja sogar wahrscheinlich, daß bereits in einem früheren Alter dieses Verständnis vorhanden ist ⁵⁾. Ebenso wenig, wie das Gericht bei der Entscheidung seine eigene Überzeugung über die Richtigkeit einer konfessionellen Anschauung mitsprechen lassen darf ⁶⁾, ist es daher befugt, von einer bestimmten Altersgrenze als feststehender Norm für den Eintritt der erforderlichen religiösen Reife auszugehen.

In jedem Falle sollte aber spätestens vom 10. Lebensjahre an ein Religions-

1) Vgl. dazu BayObLG in BayObLGZ 48/51 Nr. 102 S. 421 ff. (423), OLGE 46, 178 f. und JFG 14 Nr. 14 S. 47 ff. (49); OLG Freiburg JR 50, 370; Erman-Ronke § 1671 Anm. 10 A d; Gernhuber, Lb. S. 588; Palandt-Lauterbach § 3 RKEG Anm. 1.

2) BayObLGZ 48/51 Nr. 102 S. 421 ff. (422 f.); ebenso Gernhuber, Lb. S. 587. Wenn das Gericht seine Feststellung jedoch damit begründet, daß andernfalls stets nur der dasselbe Bekenntnis teilende Elternteil die elterliche Gewalt ausüben dürfe, so geht dies an der Sache vorbei. Es kommt keineswegs auf die Person des betreffenden Ehegatten an, dessen Bekenntnisgleichheit ihm hier einen Vorteil bieten könnte. Entscheidend ist allein, ob das seelische Wohl des Kindes durch die Zuweisung an den andersgläubigen Elternteil beeinträchtigt wird.

3) Siehe OLG Stuttgart FamRZ 55, 143 f. (144).

4) RGBI. I 939, 1263; im folgenden: RKEG.

5) Nach Potrykus (ZBlJR 59, 100 ff. - 103 -) schon im Vorschulalter.

6) Vgl. BGH NJW 56, 1794 ff. (1796); LG Bad Kreuznach FamRZ 57, 326 = NJW 57, 915; auch OLG Freiburg JR 57, 326; Bosch RpfL 54, 14 sowie SJZ 50, 625 ff. (629); Potrykus ZBlJR 59, 100 ff. (101 f.).

wechsel vermieden werden ¹⁾. Spätestens in diesem Alter wird in der Regel bereits eine in ihren Grundlagen feste Überzeugung und ein Gefühl der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Glaubensrichtung vorhanden sein ^{2) 3)}.

Konflikte werden in der Seele des Kindes umso eher entstehen können, wenn es bisher in einem christlichen Bekenntnis erzogen wurde, nun aber in einer nicht-christlichen Atmosphäre leben soll und umgekehrt. Weniger problematisch ist dagegen die Situation, wenn es sich in beiden Fällen um christliche, wenn auch verschiedene Konfessionen handelt ⁴⁾. Im ersteren Falle wird man wegen der größeren Unterschiede die Altersgrenze, von der an ein gewisses Verständnis angenommen werden kann, wesentlich früher, eventuell schon ins Vorschulalter ⁵⁾, legen können als man dies im zweiten Falle tun kann.

Besondere Erwähnung verdient hierbei, daß eine Zuweisung eines Kindes an den andersgläubigen Elternteil vielfach sogar auch dann abzulehnen ist, wenn dieser versichert, er werde das bisher in einem anderen Bekenntnis erzogene Kind in der Ausübung seiner Religion nicht behindern. Ganz abgesehen davon, daß eine solche Erklärung oft nicht glaubhaft ist ⁶⁾, sondern vielmehr nur abgegeben wird, um das Kind zu erhalten ⁷⁾, erscheint es besser, wenn das Kind in derselben religiösen Atmosphäre aufwächst, in der es sich bisher befunden hat, als daß es ganz allein

1) Der getroffenen Feststellung steht nicht entgegen, daß der Sorgeberechtigte auf Grund seines Personensorgerechts die religiöse Erziehung des Kindes bis zu dessen 12. Lebensjahr auch gegen dessen Willen bestimmen kann (§ 5 Satz 2 RKEG). Dieser Gesichtspunkt kann angesichts der Verpflichtung des Vormundschaftsgerichts, im Interesse des Kindes auch die Kontinuität der religiösen Formung zu wahren, nicht verfangen.

2) Siehe auch BayObLG OLGE 43, 368 = JFG 2, 69 ff. (73), ferner JFG 14, 47 ff. (51), wo es die Unterscheidungsreife erst ab etwa 12 Lebensjahren anzunehmen scheint (in Anlehnung an § 5 RKEG).

3) Die Oberlandesgerichte Freiburg (JR 50, 370 f.) und Stuttgart (FamRZ 55, 143 f., das KG (KGJ 46 A 41 ff. - 43 f. -) und das LG Darmstadt (JuWo 56, 187 f. mit krit. Anm. von Klein) haben die Frage nach religiöser Einsicht bei erst sechs- und siebenjährigen Kindern erörtert; das OLG Celle (ZBIJR 56, 108 f. - 109 -) hat sich die gleiche Frage sogar bei einem erst vierjährigen Kinde gestellt. Siehe ferner auch OLG Hamm MDR 50, 351 (mit Anm. von Holthöfer) und OLG München JFG 8 Nr. 11 S. 83.

4) Vgl. auch Schnitzerling RdJ 59, 118 ff. (119).

5) Siehe dazu auch Potrykus ZBIJR 59, 100 ff. (103).

6) Diese Frage wird nicht erörtert in der Entscheidung des BayObLG in BayObLGZ 48/51 S. 421 ff.; vgl. außerdem AG Braunschweig FamRZ 58, 470.

7) Vgl. auch OLG Freiburg JR 50, 370 f. (371).

steht oder auf eine Unterweisung durch dritte Personen angewiesen ist. Eine konfessionsfremde Familie kann dem Kinde nämlich die zur Ausbildung seiner religiösen Haltung unbedingt erforderliche häusliche Anleitung nicht vermitteln ^{1) 2)}.

Darf eine Erklärung eines Elternteils über die Achtung der religiösen Einstellung des Kindes außer acht gelassen werden, so müssen die Fragen, in welchem Bekenntnis das Kind getauft ist, ob die geschiedenen Eltern sich früher einmal über die religiöse Erziehung des Kindes geeinigt haben und ob ein Elternteil nach seinem Gewissen sich verpflichtet fühlt, das Kind in seiner Religion zu erziehen, unberücksichtigt bleiben ³⁾. Maßgebend ist lediglich, in welchem Glauben das Kind bisher aufgewachsen ist. Ist eine religiöse Überzeugung einmal gebildet, so hat der Richter allein zu vermeiden, daß dieser Glaube durch einen Wechsel der religiösen Einflüsse erschüttert und das Kind dadurch seelischen Konflikten ausgesetzt wird. Auch der Umstand, daß das Kind bisher im Widerspruch zu einer früheren Abrede der Eltern religiös unterwiesen worden ist, entbindet ihn von dieser Aufgabe nicht ⁴⁾.

Gleichfalls auf der Ebene des Geistig-Seelischen liegt die Frage, wie die besondere Anhänglichkeit eines Kindes gegenüber einem Elternteil und der damit verbundene Wunsch, bei diesem zu bleiben, zu bewerten sind.

Rechtsprechung und Rechtslehre ⁵⁾ betonen durchweg, diese Momente seien für die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts grundsätzlich nicht ausschlaggebend. Man wird hierbei jedoch nach dem Alter des Kindes differenzieren müssen ⁶⁾. Besitzt es bereits ein gewisses Maß an Urteilsfähigkeit, ist es außerdem

1) Ebenso Potrykus § 35 JWG Anm. 10 b (a.E.).

2) Für das Vormundschaftsgericht gelten insoweit die Grundsätze, auf denen auch die §§ 38 III JWG und 1779 II 2 BGB beruhen. Nach § 38 III JWG hat der Amtsvormund auf das religiöse Bekenntnis oder die Weltanschauung des Mündels bei dessen Unterbringung Rücksicht zu nehmen. Gemäß § 1779 II 2 BGB hat das Vormundschaftsgericht bei der Auswahl eines Vormundes auf das religiöse Bekenntnis des Mündels zu achten.

3) Vgl. OLG Stuttgart FamRZ 55, 143 f. (144); OLG Freiburg JR 50, 370; zur Frage der früheren Einigung siehe OLG München JFG 14, 455 ff. (459); RGRK Anm. zu § 2 RKEG; KG OLGE 42, 99; a.A. dazu OLG Hamm MDR 50, 351 mit Anm. von Holthöfer; Schnitzerling RdJ 59, 118.

4) Siehe OLG Stuttgart FamRZ 55, 143 f. (144); OLG Freiburg JR 50, 370 f. (371); BayObLG in OLGE 43, 368 = JFG 2, 69 ff. (73); Gernhuber, Lb. S. 588.

5) BayObLG in BayObLGZ 48/51 S. 421 ff. (423); KG JW 38, 2825; Gerold § 74 Anm. 24; v. Godin § 74 Anm. 7; Marthaler a.a.O. 46; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 3; a.A. Lempp NJW 63, 1659 ff. (1660 ff.) und 64, 440.

6) Ebenso Marthaler a.a.O. 50; Schwoerer NJW 54, 5 ff. (7).

durch einen Elternteil nicht gegen den anderen aufgehetzt worden ¹⁾ und hat jener es nicht durch angenehme, aber nicht dem wahren Interesse des Kindes entsprechende Handlungen, z.B. durch die Hingabe größerer Geschenke, für sich eingenommen, so verdient eine solche Anhänglichkeit durchaus Beachtung ²⁾. Liegen diese Voraussetzungen vor, so bedeutet die Trennung besonders für das Kind meist eine erhebliche seelische Belastung. Es wird aus einer vertrauten und oft zuträglichen Umgebung genommen, ein Ergebnis, das § 1671 III 1 BGB vermeiden will ³⁾. Die Belastung kann nur dann in Kauf genommen werden, wenn dadurch etwa bereits absehbare Schäden verhindert werden oder mit der Trennung sich schwerwiegende Vorteile für das Kind verbinden, auf die im Interesse seiner Entwicklung nicht verzichtet werden sollte ⁴⁾. Bemerkungen des Inhalts, die Verteilung der Sorge führe stets zu seelischen Konflikten des Kindes, eine die Norm erwartungsgemäß nicht übersteigende seelische Erschütterung sei daher grundsätzlich unbeachtlich ⁵⁾, sind deshalb zumindest im Rahmen des § 1671 III 1 BGB verfehlt. Auch hier gilt, daß grundsätzlich zwar ein Wechsel des Sorgeberechtigten zulässig, dieser Wechsel aber wegen der damit verbundenen tiefgreifenden Umstellung im konkreten Falle meist ausgeschlossen ist ⁶⁾. Von der Unbeachtlichkeit einer die Norm erwartungsgemäß nicht übersteigenden seelischen Erschütterung kann daher nicht die Rede sein.

In engem Zusammenhang mit dem bisher behandelten Fragenkomplex steht auch die Überlegung, ob ein Kind aus Gründen seiner beruflichen Ausbildung bei einem Elternteil bleiben soll. So kann für die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts eine Rolle spielen, daß das betreffende Kind bei dem fraglichen Elternteil bereits in der Lehre ist ⁷⁾ oder dessen Erwerbsgeschäft später einmal übernehmen soll und will ⁸⁾, daß an dessen Wohnort weit bessere berufliche Ausbildungsmög-

1) Vgl. Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 3; Soergel-Siebert § 74 Anm. 8.

2) Ebenso Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 B; Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 12; Wuzel a.a.O. 28; Zimmermann UJ 57, 533.

3) Vgl. Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 B; ferner OLG Frankfurt MDR 62, 409.

4) Vgl. OLG München JFG 14, 21 f.; Achilles-Greifff § 1671 Anm. 7; Erman-Ronke § 1671 Anm. 10 A b; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 B; Soergel-Siebert § 74 Anm. 8.

5) So z.B. v. Godin § 74 Anm. 7.

6) Vgl. S. 80.

7) Egner a.a.O. 58; Erman-Ronke § 1671 Anm. 10 A e; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 B; v. Scanzoni §§ 81, 82 Anm. 9.

8) Erman-Ronke § 1671 Anm. 10 A e; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 B; v. Scanzoni §§ 81, 82 Anm. 9; Wuzel a.a.O. 29; Egner a.a.O. 58. Wenn Egner auf das Interesse des Vaters an der Fortführung des Betriebes abstellt, so muß dem aus den auf S. 91 dargelegten Gründen widersprochen werden. Es kommt vielmehr im wesentlichen darauf an, ob das Kind - dessen Einsichtsfähigkeit vorausgesetzt - mit der späteren Übernahme des Erwerbsgeschäftes einverstanden ist.

lichkeiten bestehen ¹⁾ oder ein ausgedehnter und strapazenreicher Schulweg vermieden wird ¹⁾.

Schließlich darf der Richter auch die für die körperliche Entwicklung bedeutsamen Gründe nicht vernachlässigen. Deshalb ist ein infolge Krankheit oder schwacher Gesundheit pflegebedürftiges Kind bei dem Teil zu belassen, der darauf besondere Rücksicht nehmen kann ²⁾. Dies ist grundsätzlich die Mutter, die ihrer Natur nach die günstigeren Voraussetzungen dafür besitzt ²⁾, es sei denn, daß der Vater etwa als Arzt ³⁾ im Interesse des Kindes den Vorzug genießt.

2. Die persönlichen und sachlichen Verhältnisse der Eltern

Von entscheidender Bedeutung für die Entwicklung des Kindes muß es sein, ob es zum Vater oder zur Mutter kommt, da diese entsprechend ihrer Wesensverschiedenheit in der Regel auch einen verschiedenartigen Einfluß auf das Kind ausüben. Maßgebend ist in diesem Zusammenhang vor allem, ob es sich bei dem Kind um einen Knaben oder um ein Mädchen handelt und in welchem Alter es steht, eine Frage, die in § 1635 I 1 BGB a.F. ⁴⁾ bereits einmal ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden hatte. Ganz allgemein läßt sich sagen, daß das Kind bei der Mutter meist stabilere familiäre Bedingungen vorfindet und in ihr den Eltern-Teil besitzt, der seinem Wesen nach normalerweise die größere pflegerische und erzieherische Eignung aufweist ⁵⁾. Demgegenüber leidet es bei ihr vielfach darunter, daß sie ihre Enttäuschung über die zerbrochene Ehe nicht überwinden kann oder in ihm den Ersatz für den verlorenen Ehegatten sucht und dabei besonders dem heranwachsenden Sohn den Weg in die Welt verschließt. Negativ wirkt sich ferner oft aus, daß bei der Mutter die finanziellen Verhältnisse vielfach nicht so günstig sind wie beim Vater ⁶⁾. Dies führt dann zu ganztägiger Berufsarbeit der

1) Soergel-Siebert § 74 Anm. 8; Wuzel a. a. O. 29.

2) BayObLG FamRZ 62, 165 ff. (169); Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 B; Wuzel a. a. O. 28; auch BGH NJW 51, 879 ff. (881); Bosch SJZ 50, 625 ff. (635); vgl. ferner die Ausführungen auf S. 100 f.

3) Ebenso Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 12.

4) § 1635 I 1 Halbsatz 2 BGB a.F. lautete: "Sind beide Ehegatten für schuldig erklärt, so steht die Sorge für einen Sohn unter sechs Jahren oder für eine Tochter der Mutter, für einen Sohn, der über sechs Jahre alt ist, dem Vater zu."

5) Vgl. BGHZ 3, 53 ff. (60): "Die Mutter hat im allgemeinen, besonders wenn sie nicht dauernd berufstätig ist, bessere Möglichkeiten der unmittelbaren Betreuung des Kindes"; ähnlich BayObLG FamRZ 62, 165 ff. (169).

6) Vgl. dazu Bergler a. a. O. 65 ff.; Graupner a. a. O. 204; Schottlaender a. a. O. 52 f.

Mutter, wodurch die Pflege des Kindes erheblich herabgemindert wird ¹⁾. Bekannt ist außerdem, daß die frühe Mitarbeit im Hauswesen der Mutter und die allzu frühe Übernahme von Verantwortung in dem Kind einen Ernst wachrufen, der seine jugendliche, für die Entwicklung seiner Anlagen erforderliche Unbekümmertheit zu seinem Nachteil zurückdrängt ²⁾. Im Blick des Kindes steht dann allzusehr das Alltägliche und Lebensnotwendige ³⁾. Solche Menschen werden oft schwermütig und neiden anderen deren glückliche Jugend ⁴⁾. Wenn Wallenstein demgegenüber ⁵⁾ meint, daß Not die Kräfte zur Entfaltung bringe und der frühe Ernst des Lebens reife mache, überschätzt er die Fähigkeiten des Kindes.

Der Umstand, daß das Kind bei der Mutter einen Stiefvater erhält, wirkt sich meist nicht so ungünstig aus, wie wenn eine Stiefmutter in die Restfamilie eintritt ⁶⁾. Dies beruht darauf, daß der Stiefvater weniger oft erzieherischen Einfluß ausüben will. Der Stiefvater bricht daher nur in einer geringeren Zahl von Fällen in die zwischen Mutter und Kind bestehende Bindung ein; die Konflikte bleiben am Rande des Gesamtgeschehens ⁷⁾. Das macht es andererseits möglich, daß der Stiefvater im Laufe der Zeit die Achtung und vielleicht auch die Liebe seiner Stiefkinder erringt ⁸⁾.

Die Stiefmutter dagegen unterschätzt meist, selbst wenn sie besten Willens ist, die Schwierigkeiten, die sich aus einer Ehe mit einem Manne mit erstehelichen Kindern ergeben. Die unbefriedigte Haltung der zweiten Ehefrau drückt sich dann durchweg in einer ablehnenden oder zumindest interesselosen Einstellung gegenüber den in die Ehe mitgebrachten Kindern aus ⁹⁾. Besonders konfliktreich wird das Verhältnis, wenn die erstehelichen Kinder des Mannes bereits älter sind und sich ihrer leiblichen Mutter gut erinnern ¹⁰⁾ oder mit dieser bei Ausübung des Rechtes zum persönlichen Verkehr ¹¹⁾ immer wieder zusammentreffen. Das Kind legt

1) Bergler a. a. O. 65.

2) Baudert UJ 50, 246 ff. (249); Haller UJ 58, 260 ff. (264 f.); Hetzer a. a. O. 103; Schreiber PrKps 54, 53 ff. (59).

3) Bergler a. a. O. 65 f.

4) Schöttlaender a. a. O. 53/54.

5) a. a. O. 362 f.

6) Bergler a. a. O. 91 unter Hinweis auf Charlotte Hoenig Ztschr. f. Kinderforschung 1929 S. 292 ff.; Haffter a. a. O. 96 ff.; BayObLG FamRZ 62, 165 ff. (166).

7) So Haffter a. a. O. 96.

8) So Stampfli a. a. O. 51.

9) Aus dem umfangreichen Schrifttum vgl. besonders Hanselmann a. a. O. 364 f. und Stampfli a. a. O. 64.

10) Haffter a. a. O. 110 f.; Hanselmann a. a. O. 346/5; Stampfli a. a. O. 66.

11) Vgl. § 1634 I BGB.

dann vielfach ein aggressives Verhalten an den Tag, das, wenn es einer aktiven Einstellung der Stiefmutter begegnet, in der Regel zu tiefgreifenden Zerwürfnissen führt ¹⁾ und dem Kind die unbedingt erforderliche Geborgenheit bei seiner neuen Mutter verwehrt ²⁾. Der Aufbau einer harmonischen Gemeinschaft wird dann unmöglich oder zumindest stark gehemmt ³⁾.

Besonders mißlich wird die Lage des Kindes aus erster Ehe, wenn die zweite Ehefrau dem Manne ebenfalls Kinder schenkt oder selbst schon Kinder hat ⁴⁾. Sie wird dann oft dazu neigen, dieses Kind vor ihren eigenen Kindern zurückzusetzen. Das Kind aus erster Ehe fühlt sich vernachlässigt, vielleicht sogar ausgestoßen. Es schließt sich ab und entbehrt das für seine Entwicklung so bedeutsame Erlebnis der Gemeinschaft. Sofern es ein gewisses Alter, etwa das Schulalter, erreicht hat, sucht es Verbindung zu außenstehenden Personen, die es oft ungünstig beeinflussen.

Beim Vater ist das Kind meist der Gefahr ausgesetzt, daß er es infolge seiner Berufstätigkeit ganz oder tagsüber in einer fremden Umgebung unterbringt oder ihm eine Stiefmutter gibt. Beides sind Lösungen, die, wie im Falle der Stiefmutter bereits beschrieben, die Entwicklung des Kindes in der Regel beeinträchtigen.

Folgt daraus bereits, daß grundsätzlich einem Verbleiben bei der Mutter der Vorzug zu geben ist, so wird diese Feststellung durch die Ergebnisse der medizinischen und psychologischen Forschung über die Wirkung des Entzuges der Mutter noch erhärtet ⁵⁾. Eingehende Untersuchungen haben nachgewiesen, daß der frühe totale Verlust der sogenannten affektiven Zufuhr zum Tod des Kindes, zu Schwachsinn oder sonstigen geistig-seelischen Defekten führen kann.

1) Stampfli a. a. O. 67; Stern, Ztschr. f. Kinderforschung 1928 S. 144 ff. (146).

2) Vgl. besonders auch die Untersuchungen Haffters (a. a. O. 112 und in Giese-Willy a. a. O. 670 ff. - 677 -).

3) Hanselmann a. a. O. 364.

4) Ebenso Stampfli a. a. O. 65. Vgl. ferner Hoenig, Ztschr. f. Kinderforschung 1929 S. 187 ff.; Kühn, Ztschr. f. angew. Psychologie, Beiheft 45, 1929; Bergler a. a. O. 99 ff.; Rühle "Das Stiefkind", 1927 und Stern, Ztschr. f. Kinderforschung 1928 S. 156.

5) Vgl. hierzu insbesondere René A. Spitz (a. a. O. 89-93, 96, 106); Hasselmann-Kahlert PrKps 53, 15 ff. (16); ferner Bowlby ("Maternal Care and Mental Health", 1951); Brody ("Patterns of Mothering", Untertitel: "Maternal Influence During Infancy", 1956); Burlingham-Freud ("Children without Families", 1943); Laforgue PrKps 57, 229 ff. (230); Roudinesco-Aubry ("Responses of young children to separation from their mother", 1952); Wickes ("Analyse der Kindesseele", 1931, Titel der amerik. Originalausgabe: "Inner World of Childhood", 1927).

In Parallele zu der Erkenntnis, daß einerseits der Entzug der Mutter jedem Kind, einem Knaben etwa bis zum 12., einem Mädchen etwa bis zum 15. Lebensjahr, insbesondere aber dem Kleinkind mehr schadet als der des Vaters, steht die Feststellung, daß andererseits dem Kind viel mehr gedient ist, wenn ihm der mütterliche Einfluß bis zu den genannten Altersgrenzen erhalten bleibt ¹⁾. Das Kind, dessen Erlebnisse sich anfangs ausschließlich und später noch überwiegend im Bereich der Gefühle abspielen ²⁾, findet nämlich in seiner Mutter einen es besser verstehenden Partner ³⁾.

Beachtet man in diesem Zusammenhang außerdem, daß der Mensch nach Ansicht der Anthropologen, gemessen an den ihm zur Zeit der Geburt zu Gebote stehenden Fähigkeiten, etwa ein Jahr zu früh geboren wird ⁴⁾, also zu Beginn seines Lebens in gesteigertem Maß des Schutzes und der Pflege bedarf, so wird man nicht fehlgehen in der Annahme, daß das Kind zumindest während der ersten vier bis fünf Jahre dringend auf die mütterliche Pflege und Erziehung angewiesen ist ⁵⁾. Während dieser Zeit, besonders vom sechsten Lebensmonat an ⁶⁾, dem Zeitpunkt, in dem die Aufnahme personaler Beziehungen des Kindes beginnt, ist es in seinem Erleben völlig auf seine Mutter hin orientiert ⁷⁾. Aber auch in den folgenden Jahren

-
- 1) Vgl. dazu auch Dauber a. a. O. 32; Deutsch a. a. O. 275; Gesell-Ilg a. a. O. 342-346; Heinen a. a. O. 293; Hetzer a. a. O. 99; Laforgue PrKps 57, 229; Prietzel a. a. O. 49; Stern PrKps 58, 50 ff. (51); Stirnimann Psycholog. Prax. Heft 6 (1947) S. 30; ferner C. G. Jung a. a. O. 27.
 - 2) Bang PrKps 54, 304; v. Haller PrKps 55, 247 ff. (248); Mendelsohn PrKps 59, 88 ff. (89); Undeutsch a. a. O. 60 f.
 - 3) Böning UJ 55, 145; Gabert a. a. O. 37; Heinen a. a. O. 120; Michel in Giese-Willy a. a. O. 630 ff. (636); Müller-Eckhard a. a. O. 35, 75, 149 f., 151, 157; Nitschke UJ 56, 241; Hetzer a. a. O. 53, 99 f.; Schraml a. a. O. 247; Schwoerer FamRZ 57, 28 (Anm.); Spitz a. a. O. 27; Stern PrKps 58, 50 ff. (51); Willy in Giese-Willy a. a. O. 32 ff. (35).
 - 4) Bennholdt-Thomsen a. a. O. 174 f.; Hetzer a. a. O. 27; Müller-Eckhard a. a. O. 20; Nitschke UJ 56, 241 ff. (243); Portmann a. a. O. 15; Undeutsch a. a. O. 57.
 - 5) Vgl. insbesondere auch § 1635 I 1 BGB a. F. (hierzu Schwoerer FamRZ 57, 27-28, Anm. - und Erman-Ronke § 74 Anm. 3 B b); ferner Müller-Freienfels "Ehe und Recht" 220; Bennholdt-Thomsen a. a. O. 177; Cameron in Giese-Willy a. a. O. 579 ff. (581); Glücksmann-Lüdy UJ 56, 2 ff. (3); Haffter in Giese-Willy a. a. O. 670 ff. (676) und PrKps 55, 316; Hetzer a. a. O. 47, 62; Spitz in "Das Kind in unserer Zeit", 21 ff. (26); auch Boyer a. a. O. 48 und von le Fort a. a. O. 128.
 - 6) Haffter in Giese-Willy a. a. O. 670 ff. (676); a. A. Hasselmann-Kahlert PrKps 53, 15.
 - 7) Undeutsch a. a. O. 59.

ist der mütterliche Einfluß kaum ersetzbar.

Im Leben des Kindes spielt nun allerdings der Einfluß des Vaters ebenfalls eine entscheidende Rolle. Beginnt das Kind beim Übergang von der frühen zur späteren Kindheit, also etwa mit Einsetzen des Schulalters ¹⁾, sein Augenmerk der Außenwelt zuzuwenden ²⁾, so bedarf es der Person, die mit ihm den Weg zur Gemeinschaft geht. Das war seit jeher nach allgemeiner Ansicht der Vater ³⁾, da dessen Leben sich überwiegend innerhalb der Gesellschaft abspielte. Er war und bedeutet auch heute noch dem Kinde Vorbild für die Entwicklung eigener Sicherheit und Kraft ⁴⁾. Vaterlosigkeit bedeutete also meist, daß dem Kind das Leitbild fehlte, an dem es seine Entwicklung zu einem tüchtigen Glied der Gesellschaft orientieren konnte. Mit der sozialen Umwälzung insbesondere nach den beiden vergangenen Kriegen ist hierin jedoch ein Wandel eingetreten ⁵⁾. Es ist nicht mehr nur oder überwiegend der Vater, der dem Kinde den Weg aus der Gemeinschaft der Familie in die Gesellschaft weist. Die Frau nimmt heute wesentlich größeren Anteil am öffentlichen Geschehen ⁶⁾. Sie kann daher weit mehr als früher dem Kinde auch Ratgeberin sein, wenn es sein Augenmerk der über die Familie hinausgehenden Umwelt zuwendet.

Sofern im konkreten Falle nicht bestimmte Gründe gegen eine Zuweisung der elterlichen Gewalt an die Mutter sprechen, ist es mithin zumindest in dessen erstem Lebensjahrzehnt besser, daß seine Mutter ihm erhalten bleibt ⁷⁾. An dieser in der medizinischen und psychologischen Lehre anerkannten Tatsache darf auch der Richter nicht vorbeigehen ⁸⁾. Sind die Voraussetzungen bei beiden El-

1) Lempp NJW 63, 1659.

2) Vgl. Undeutsch a. a. O. 61.

3) So jetzt noch Mendelsohn PrKps 59, 88 ff. (93); vgl. ferner Schreiber PrKps 54, 53 ff. (58).

4) Vgl. hierzu Bondy a. a. O. 24; Gabert a. a. O. 17; Graupner a. a. O. 201; Haffter a. a. O. 65; Weber UJ 52, 285 ff. - 287 f. -; de Riel UJ 50, 127 ff. - 128 -; auch Ell UJ 58, 450 ff. - 459 -; Speck UJ 58, 269 ff. - 270 -.

5) Vgl. Willy in Giese-Willy a. a. O. 32.

6) Willy in Giese-Willy a. a. O. 32.

7) Ebenso Haffter a. a. O. 61, PrKps 55, 315 f. (316) und in Giese-Willy a. a. O. 670 ff. (676 f.); Böning UJ 55, 145 f.; Prietzel a. a. O. 49; auch Michel in Giese-Willy a. a. O. 630 ff. (636); a. A. Weininger a. a. O. 460; "Die Erziehung des Weibes muß dem Weibe, die Erziehung der ganzen Menschheit der Mutter entzogen werden" (dazu jedoch Lersch a. a. O. 14 f.).

8) Müller-Freienfels JZ 59, 396 ff. (398) mit zahlreichen weiteren Literaturhinweisen; auch BGH NJW 58, 1579; Blau JZ 52, 713 f.; Tägert Psycholog. Rundschau 58, 155; Prietzel a. a. O. 1.

ternteilen annähernd gleich, so sollte deshalb die Entscheidung des Gerichts, die ja dem Besten des Kindes zu dienen hat (§ 1671 III 1 BGB), auf Zuteilung an die Mutter lauten ¹⁾. Im Kleinkind- und frühen Kindesalter hingegen darf das Kind von seiner Mutter grundsätzlich nicht getrennt werden ²⁾ ³⁾. Dieser Erkenntnis entsprechen die Forderungen der Mediziner Haffter ⁴⁾ und Gigon ⁵⁾, daß an den Vater größere Anforderungen zu stellen seien als an die Mutter, wenn ihm die Kinder belassen werden sollen; der Vater müsse erzieherisch nicht nur ebenso gut wie die Mutter, sondern besser geeignet sein ⁶⁾ ⁷⁾.

Die Praxis der Gerichte bestätigt überwiegend die gewonnenen Ergebnisse: Nach einer von Prietzel ⁸⁾ durchgeführten Untersuchung wurden in 100 Sorgerechtsverfahren eines Berliner Amtsgerichts aus den Jahren 1949 und 1950 die Kinder 85 mal der Mutter, 11 mal dem Vater und 1 mal einem Pfleger gegeben; 3 mal wurden die Kinder unter den Eltern verteilt ⁹⁾. Eine vom Verfasser vorgenommene Durchsicht von 50 Verfahren des Bonner Amtsgerichts aus den Jahren 1963/64 ergab folgendes Bild: 35 mal kamen die Kinder zur Mutter, 12 mal zum Vater, 3 mal wurden Geschwister getrennt ¹⁰⁾.

Soweit es die Person der Eltern im übrigen betrifft, muß zunächst festgestellt werden, ob die Eltern zur Erfüllung der Personen- und Vermögenssorge geeignet

-
- 1) Ebenso Prietzel a. a. O. 49; auch OLG Freiburg JR 50, 370; OLG Oldenburg JR 57, 143; ferner Kohler, Vhdgen des 19. Dt. JurTages Bd. 2 S. 226 f.
 - 2) So auch BGH NJW 51, 879 ff. (881); OLG Stuttgart FamRZ 57, 27; OLG Freiburg JR 50, 370; KG FamRZ 57, 176 f. (177); OLG Dresden JFG 5, 69 ff. (71 f.); Ahnert a. a. O. 29; Bosch SJZ 50, 625 ff. (642 unt. Hinw. auf § 141 S. 2 österr. ABGB); Gerold § 74 Anm. 17; Hoffmann NJW 53, 127 ff. (129 f.); Lempp NJW 63, 1659; Müller-Freienfels JZ 59, 339 ff. (342); Potrykus ZBlJR 59, 100 ff. (103); RGRK § 81 Anm. 4 a; Scheidegger a. a. O. 71; Schwoerer AcP 151, 122 ff. (133), FamRZ 57, 27 (Anm.), NJW 64, 5 ff. (6), auch 58, 433 ff. (439). Dieser Grundsatz war vom Gesetzgeber in § 1635 BGB a. F. bereits einmal anerkannt.
 - 3) Vgl. auch von le Fort (a. a. O. 125): "Es gibt kein Recht der Frau auf ein Kind, sondern es gibt nur das Recht des Kindes auf eine Mutter!".
 - 4) a. a. O. 61 und in Giese-Willy a. a. O. 670 ff. (673).
 - 5) a. a. O. 28.
 - 6) Kritisch dazu Müller-Freienfels JZ 59, 396 ff. (399 f.).
 - 7) Wenn Wuzel (a. a. O. 28) als Folge dieser Einsicht eine unberechtigte Vorrangstellung der Mutter befürchtet, so läßt dieser Einwand die an eine ordnungsgemäße Pflege und Erziehung zu stellenden Anforderungen außer acht.
 - 8) a. a. O. 50 Anm. 1.
 - 9) Zur Trennung von Geschwistern vgl. S. 109 f.
 - 10) Ähnliche Ergebnisse bei Haffter a. a. O. 58, 161.

sind. Dazu gehört insbesondere, daß der betreffende Elternteil dem Kinde die erforderliche Pflege angedeihen läßt, zu ihm in einem liebevollen Verhältnis steht ¹⁾. Außerdem muß er es auf Grund seines Vorbildes und seiner erzieherischen Fähigkeiten in geistiger und sittlicher Hinsicht leiten können ²⁾. Schließlich bedarf es eines gewissen wirtschaftlichen Verständnisses, das den fraglichen Elternteil zur Wahrung der Vermögensinteressen des Kindes befähigt ³⁾.

Das Vormundschaftsgericht wird demzufolge einem Elternteil, der zwar ein gutes persönliches Verhältnis zu dem Kinde hat und bei dem dieses sich auch wohlfühlt, der aber an einer Krankheit leidet, die ihm die ordnungsgemäße Erfüllung der elterlichen Pflichten erschwert, die Ausübung des Sorgerechts nicht übertragen können ⁴⁾. Umgekehrt kann der Gesichtspunkt, ein schon etwas älteres Kind sei zur Pflege oder Unterstützung eines Elternteiles in der Lage und solle deshalb bei diesem bleiben ⁵⁾, nur dann beachtlich sein, wenn es die zur Übernahme dieser Aufgabe notwendigen Fähigkeiten besitzt und ihm die hierzu erforderliche Einsicht eigen ist. Es durch Zuteilung an den pflegebedürftigen Elternteil zur Sorge für diesen zu zwingen, hieße oft, ihm eine Last aufzubürden, die es mit seinen noch in der Entwicklung befindlichen Kräften möglicherweise nicht tragen kann ⁶⁾. Ist dem Kinde die Unterstützung des betreffenden Elternteils jedoch nur lästig, so ist gegen ein Verbleiben bei diesem gerade auch mit Rücksicht auf die den Eltern geschuldete Ehrfurcht und Liebe nichts einzuwenden.

- 1) KG HRR 1942 Nr. 266 (a.E.) und JW 38, 374; Achilles-Greif § 1671 Anm. 7; Gerold § 74 Anm. 16; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 B; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 3. Das Alter der Eltern kann hierbei eine bedeutsame Rolle spielen, besonders dann, wenn ein großer Altersunterschied besteht und der jüngere Teil gerade wegen seiner Jugend eine engere Bindung zu dem Kinde besitzt.
- 2) KG HRR 1942 Nr. 266 (a.E.); v. Godin § 74 Anm. 8; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 3.
- 3) Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 3; Soergel-Siebert § 74 Anm. 8.
- 4) Vgl. RGRK § 81 Anm. 4 a.
- 5) Siehe auch Wuzel a. a. O. 29.
- 6) § 1617 BGB steht dieser Feststellung nicht entgegen. Zwar ist das Kind danach verpflichtet, den Eltern in einer seinen Kräften entsprechenden Weise in deren Hauswesen so lange Dienste zu leisten, als es dem elterlichen Hausstand angehört und von den Eltern erzogen oder unterhalten wird. Diese Vorschrift gibt aber den Eltern keinen Anspruch darauf, daß das Kind in ihrem Haushalt verbleibt (RG RJA 12, 88; Palandt-Lauterbach § 1617 Anm. 2 a). Nimmt das Vormundschaftsgericht also das Kind aus dem Hausstand eines Elternteils heraus, so erlischt damit gleichzeitig eine zuvor nach § 1617 BGB bestehende Dienstleistungspflicht.

Im Falle einer geistigen Störung, einer ekelerregenden oder ansteckenden Krankheit wird hingegen die Zuteilung an den davon betroffenen Elternteil grundsätzlich ausgeschlossen sein ¹⁾.

In gleicher Weise sprechen negative Charaktereigenschaften eines Elternteils dagegen, ihm die Kinder zu belassen ²⁾. Hierzu zählen etwa Neigung zu Trunk und Spiel, Verschwendungssucht, zänkisches Wesen, Unredlichkeit, Oberflächlichkeit, übersteigerte Eitelkeit, ehrlose und unsittliche Haltung, Lieblosigkeit, Roheit ³⁾, bisherige Interesselosigkeit gegenüber dem Kinde ⁴⁾, die sich z.B. in mangelnder Unterhaltszahlung zeigen kann ⁵⁾. Bei deren Feststellung werden die Ermittlungen des Scheidungsrichters dem Vormundschaftsgericht wertvolle Anhaltspunkte bieten können ⁶⁾.

Die Ausübung der Sorge kann ferner dann versagt werden, wenn das Kind bei dem einen Elternteil nicht zur Achtung und Liebe gegenüber dem anderen angehalten wird ⁷⁾. Zwar ist das Verhältnis des Kindes zu dem Elternteil, bei dem es sich

1) Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 B; RGRK § 81 Anm. 4 a; v. Scanzoni §§ 81, 82 Anm. 8; Soergel-Siebert § 74 Anm. 8; Wuzel a.a.O. 26 f. A.A., jedoch keineswegs überzeugend KG Recht 41 Nr. 3144 = DJH XXXIII 75, wonach auch einem schizophrenen, jedoch zur Zeit äußerlich gesunden und arbeitsfähigen Elternteil das Kind zugebilligt werden kann, "sofern die Gewähr besteht, daß Anzeichen für einen neuen Schub von der Umgebung alsbald bemerkt werden und das Kind gegen etwaige Gefahren hieraus hinreichend gesichert erscheint" (zustimmend Gerold § 74 Anm. 22; auch v. Scanzoni §§ 81, 82 Anm. 8).

2) Erman-Ronke § 1671 Anm. 10 A b; Gerold § 74 Anm. 16; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 B; v. Scanzoni §§ 81, 82 Anm. 8; Soergel-Siebert § 74 Anm. 8.

3) Vgl. zu allem Gerold § 74 Anm. 16 (a.E.) und v. Scanzoni §§ 81, 82 Anm. 8.

4) Soweit eine Zuweisung des Kindes auch dann bejaht wird, wenn ein Elternteil seit langer Zeit keine Beziehungen zu dem Kind mehr aufrechterhalten hat (so KG Recht 43 Nr. 1364; Gerold § 74 Anm. 21), ist dies grundsätzlich verfehlt. Man übersieht dabei, daß durch eine Zubilligung des Kindes an diesen Teil die Kontinuität der Erziehung unterbrochen wird, da man es aus der gewohnten Pflege und Erziehung herausreißt und in eine ihm meist völlig fremde Umgebung verpflanzt; vgl. hierzu auch BayObLG FamRZ 62, 165 ff. (169); OLG Frankfurt FamRZ 62, 173 f. (174); KG JW 38, 374 unt. Hinw. auf KG 1 a WX 1214/37; Achilles-Greiff § 1671 Anm. 7; Erman-Ronke § 1671 Anm. 10 A b; v. Godin § 74 Anm. 7; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 B.

5) BayObLG in BayObLGZ 48/51 S. 421 ff. (423); OLG Hamm MDR 48, 217; OLG München JFG 5, 64 ff.; Gerold § 74 Anm. 16; RGRK § 81 Anm. 4 a.

6) Wuzel a.a.O. 27; zum österreich. Recht Schwind § 142 Anm. I.

7) KG HRR 42 Nr. 837 und JFG 21, 197 ff. (199); OLG München JFG 14, 455 ff. (459); Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 B; Soergel-Siebert § 74 Anm. 8.

nach der Scheidung nicht mehr befindet, stets problematisch. Das Kind kennt aber diesen Elternteil oder wird zumindest eines Tages nach ihm fragen. Das Bild des abwesenden Teils bleibt ihm also erhalten oder gewinnt später einmal Bedeutung. Stellt nun der das Sorgerecht ausübende Elternteil den anderen in schlechtem Lichte dar, so kann es besonders bei einem kleineren Kinde, das das Verhalten der Eltern während der Trennung und Scheidung nicht bewußt miterlebt hat, zu einem falschen Bild des Vaters oder der Mutter kommen; dies muß sich wiederum auf die Formung des Kindes selbst und auch auf dessen Einstellung zu anderen Menschen negativ auswirken. Man denke etwa daran, daß eine betrogene Ehefrau ihrer Tochter von deren Vater Schlechtes berichtet. Dann ist es kein weiter Schritt dazu, daß das Kind die ihm am Vater aufgezeigten Charaktermängel auf jedes männliche Wesen überträgt und deshalb in seinem späteren Leben die rechte Einstellung zum anderen Geschlecht verfehlt. Es ist daher durchaus berechtigt, wenn Rechtsprechung und Rechtslehre ¹⁾ verlangen, daß der für das Sorgerecht in Frage kommende Elternteil die Kinder zu Achtung und Liebe gegenüber dem abwesenden Elternteil erzieht.

Ähnlich liegen die Verhältnisse, wenn zu erwarten ist, daß der Elternteil, dem die Ausübung der Sorge übertragen werden soll, den persönlichen Verkehr zwischen dem Kinde und dem anderen Elternteil verhindern wird. Das Gesetz räumt in § 1634 BGB dem geschiedenen Ehegatten ausdrücklich die Befugnis zum persönlichen Verkehr ²⁾ ein. Diese kann der andere Ehegatte ihm aus eigener Machtbefugnis nicht streitig machen ³⁾. Rechtsprechung und Rechtslehre gehen

1) KG HRR 42 Nr. 837 und JFG 21, 197 ff. (199); OLG München JFG 14, 455 ff. (459); Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 B; Soergel-Siebert § 74 Anm. 8.

2) Zur Frage, ob diese Befugnis einen Teil der elterlichen Gewalt darstellt, ob der betreffende Elternteil also die elterliche Gewalt teilweise weiterhin ausüben darf, oder ob das Verkehrsrecht eine daneben stehende, unabhängige Befugnis ist, vgl. etwa RGZ 141, 319 f.; RG Warn 1925 Nr. 204; BayObLG JR 57, 141 ff. (142); KG JFG 12 Nr. 4 S. 77 ff. (79); Beitzke FamRZ 58, 7 ff. (10); Hoffmann-Stephan § 75 Anm. 3 A; Palandt-Lauterbach § 1634 Anm. 1; Wuzel a. a. O. 52 ff.

3) So wird das Verkehrsrecht als sonstiges Recht im Sinne des § 823 I BGB angesehen mit der Folge, daß der betreffende Elternteil auf Unterlassung der beeinträchtigenden Maßnahmen und auf Schadensersatz klagen kann (vgl. RG Warn 1913 Nr. 53, 1928 Nr. 132; RG HansRGZ 1933, 595 f.; Krüger-Breetzke-Nowak § 1634 Anm. 3; auch RGZ 141, 319 f. und Palandt-Lauterbach § 1634 Anm. 1 in Verb. mit Einf. 2 zu § 1626 und § 1632 Anm. 1). Siehe aber auch die Fälle, in denen die Durchsetzung des Besuchsrechtes durch eine Auswanderung unmöglich gemacht wird (hierzu etwa RGZ 141, 319 f.; BayObLG JR 57, 141 mit zust. Anm. von Beitzke; Krüger-Breetzke-Nowak § 1634 Anm. 4; Palandt-Lauterbach § 1634 Anm. 1).

andererseits sogar so weit, daß sie das Verkehrsrecht als unverzichtbar ansehen ¹⁾. Dieser Annahme liegt der Gedanke zugrunde, daß der Kontakt zwischen dem nicht sorgeberechtigten Teil und seinem Kinde stets fortbestehen soll ²⁾. Das Gesetz mißt dem Besuchsrecht also erhebliche Bedeutung zu. Diese Wertung darf das Vormundschaftsgericht nicht dadurch wieder aufheben, daß es die elterliche Befugnis, mit dem Kind in Verbindung zu bleiben, bei seiner Entscheidung übergeht.

Erscheint eine Beschränkung oder ein Ausschluß des Verkehrsrechtes notwendig, so wird ein Beschluß darüber oft bereits zusammen mit der Sorgerechtsregelung gefaßt werden. Dann taucht also die Frage einer Ausübung des Besuchsrechtes in den Weg gelegten Hindernisses meist gar nicht auf. Ist dies aber nicht der Fall, so muß davon ausgegangen werden, daß die vielleicht sogar gut gemeinte Absicht des künftig sorgeberechtigten Elternteils, jegliche Bindung des Kindes an den anderen Elternteil zu beseitigen, den gesetzgeberischen Absichten zuwiderläuft und daher nicht gebilligt werden kann ³⁾. Sich darüber hinwegzusetzen, wäre dem Vormundschaftsgericht durch das Gesetz verwehrt, gleichviel, ob der Richter den persönlichen Verkehr des Kindes mit dem nicht sorgeberechtigten Teil für vorteilhaft hält oder nicht.

Liegen die Verhältnisse derart, daß es annähernd gleich ist, zu welchem der geschiedenen Ehegatten das Kind kommt, so wird daher das Vormundschaftsgericht die Kinder dem Elternteil zuteilen, der die Ausübung des Verkehrsrechtes gewährleistet. Ist dieser aber weniger geeignet als der andere Elternteil, so reicht die Ablehnung jedes persönlichen Verkehrs nicht aus, um das Minus auf Seiten des minderfähigen Teils aufzuwiegen. In diesem Falle ist es immer noch besser, daß das Kind sich in ordentlicher Pflege und Erziehung befindet, wenn auch das Band zu dem abwesenden Elternteil zu zerreißen droht. Es bleibt dann keine andere Wahl, als die Durchsetzung des Besuchsrechtes mit staatlichen Zwangsmitteln zu sichern (§ 1634 II 1 BGB) ⁴⁾.

In einer Vielzahl von Sorgerechtsverfahren ist absehbar, daß zumindest ein Elternteil wieder heiraten wird. Eine solche Wiederheirat allein kann die Zuweisung der elterlichen Gewalt nicht hindern ⁵⁾. Zwar verlor nach § 1697 BGB a. F. die Mutter grundsätzlich die elterliche Gewalt, sobald sie eine neue Ehe einging.

1) Vgl. RG JW 25, 2111; BayObLG JW 27, 1217; OLG Hamburg ZBlfG 3, 728; Krüger-Breetzke-Nowak § 1634 Anm. 3; Palandt-Lauterbach § 1634 Anm. 1.

2) Siehe dazu etwa Palandt-Lauterbach § 1634 Anm. 2.

3) Vgl. auch OLG Karlsruhe (ZS Freiburg) FamRZ 58, 332 f. (333) und RpfI 50, 426.

4) Für einen solchen Fall vgl. z. B. OLG München JfG 14, 464 ff.

5) Vgl. Erman-Ronke § 74 Anm. 3 B a und § 1671 Anm. 10 A c; Zimmermann UJ 57, 533.

Dieser Regelung lag der Gedanke zugrunde, daß gerade die Frau leicht in die Abhängigkeit eines neuen Ehemannes geraten und dabei das Wohl ihres Kindes vernachlässigen könne ¹⁾. In dieser Allgemeinheit hat jene Überlegung aber nach der weitgehenden Umwandlung der personellen und sozialen Stellung der Frau in unserer Zeit keine Berechtigung mehr ²⁾.

Jedoch ist auch heute stets noch zu beachten, daß bei einer Wiederheirat der geschiedene Ehegatte oft in die Gefahr gerät, die Sorge um sein Kind aus erster Ehe seiner Zuneigung zu seinem neuen Ehegatten und zu den Kindern aus dieser zweiten Ehe nachzuordnen ³⁾. Das Gericht hat daher, wenn die Person des neuen Ehegatten ihm bereits bekannt ist, diese und ihr Verhalten zu dem geschiedenen Gatten und zu dessen Kindern sowie die Charakterstärke des Wiederheiratenden sorgfältig zu würdigen ⁴⁾. Es muß andererseits aber auch berücksichtigen, daß es je nach der Zusammensetzung der neuen Familie ⁵⁾ im Interesse des Kindes wünschenswert sein kann, wenn es wieder in eine vollgliedrige Familie kommt und nicht mit dem nicht wieder heiratenden Elternteil in einer Restfamilie verbleibt.

Das Vormundschaftsgericht wird sich in diesem Zusammenhang auch mit der Frage zu befassen haben, ob die neue Ehe unter den gegebenen persönlichen und sachlichen Voraussetzungen Aussicht auf Bestand hat. Daran kann gezweifelt werden, wenn die zweite Ehe nur oder vorwiegend deshalb geschlossen wurde, weil die geschiedene Ehefrau ein Kind erwartet und dies nicht unehelich geboren werden soll. Es besteht dann oft die Gefahr, daß die nachfolgende Ehe mangels fester personaler Bindung der Ehegatten nicht von Dauer ist und die erstehelichen Kinder eine erneute Scheidung miterleben. Verdichtet sich eine dahingehende Vermutung im konkreten Falle zu hoher Wahrscheinlichkeit, so wird eine Zuteilung der Kinder an den wieder heiratenden Elternteil so lange nicht angebracht sein, als der ledig bleibende Elternteil zur Erziehung noch geeignet ist.

Auch wenn ein Ehegatte das zur Ehescheidung führende Verhältnis zu einem Dritten fortsetzt, wird es vielfach zweifelhaft sein, ob die Kinder bei ihm bleiben können ⁶⁾. Ein solches Verhalten gibt Anlaß zu sorgfältiger Prüfung der erzieherischen Eignung ⁷⁾. Außerdem würden die Kinder eines Tages möglicherweise

1) Siehe Mot IV 883 ff.

2) Vgl. dazu oben S. 101.

3) Siehe dazu bereits Mot IV 883 ff.; ferner KG FamRZ 57, 176 f. (177).

4) Vgl. auch Erman-Ronke § 1671 Anm. 10 A c und OLG Hamm MDR 48, 217.

5) Zu den hierbei sich ergebenden Problemen vgl. S. 98 f.

6) Vgl. BayObLG FamRZ 64, 157; v. Scanzoni §§ 81, 82 Anm. 8 (a.E.); a.A. Haffter a.a.O. 105, derselbe in Giese-Willy a.a.O. 674.

7) Siehe auch OLG Stuttgart FamRZ 56, 190 f.; Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 13 (a.E.).

darunter zu leiden haben, daß ihre Umgebung ihnen das Verhalten des betreffenden Elternteils vorhält, oder bedenkliche Vorstellungen über Ehe und Familie entwickeln ¹⁾. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn der Dritte in den Haushalt aufgenommen wird. Der Dritte steht dann den Kindern oft als die Person vor Augen, die ihnen einen Elternteil genommen hat. Ein für ihre Erziehung förderliches Verhältnis zu ihm ist unter diesen Umständen selten möglich. Nur in Ausnahmefällen werden die Kinder den abwesenden Elternteil wegen eines verwerflichen Verhaltens gegenüber dem ehebrechenden Ehegatten bewußt ablehnen und dem Dritten so vertrauen, daß positive Beziehungen zu ihm entstehen können; dann wird allerdings der abwesende Elternteil, der die eigentliche Ursache für die Trennung gesetzt hat, meist eine derart geringe erzieherische Eignung besitzen, daß eine Zuteilung an ihn ohnehin nicht in Frage kommt. Sofern die größere Erziehungseignung des ehebrechenden Ehegatten nicht erwiesen ist, sollten ihm die Kinder daher möglichst nicht zugewiesen werden.

Gleiche Überlegungen gelten, wenn ein Elternteil erst nach der Scheidung, aber vor Abschluß des Verfahrens ein Verhältnis mit einem verheirateten Dritten eingeht oder ohne Heiratsabsicht mit einem unverheirateten Partner zusammenlebt ²⁾. Auch hier erscheint - von durchaus möglichen Ausnahmen abgesehen - die Erziehungseignung fraglich und besteht vielfach die Gefahr, daß sich in den Kindern irrige Vorstellungen über die Bedeutung von Ehe und Familie bilden.

Schließlich wird man auch dem geschiedenen Ehemann, der nicht der Vater des Kindes ist, das Kind nicht belassen, sondern es eher der Mutter geben ³⁾. Andernfalls bestünde die erhebliche Gefahr, daß der Mann sich dem Kinde nicht verbunden fühlt und deshalb die Sorge für dieses darunter leidet ⁴⁾.

3. Die Einflüsse dritter Personen

Neben den Eltern, die den unmittelbarsten und nachhaltigsten Einfluß auf ihre Kinder ausüben, haben auch die übrigen Verwandten, etwa die Großeltern und Geschwister, erhebliche Bedeutung für die Entwicklung des Kindes. So wird vielfach die Großmutter die Rolle der Mutter übernehmen; aber auch wenn dies nicht geschieht, dürfen ihre Beziehungen zu dem Kind nicht außer acht gelassen werden.

1) Siehe auch OLG Stuttgart FamRZ 56, 190 f.; Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 13 (a.E.).

2) Vgl. OLG Stuttgart FamRZ 56, 190 f. (191); Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 13 (a.E.); Zimmermann UJ 57, 533.

3) Ebenso BayObLG FamRZ 59, 122 ff. (124); auch KG DFG 42, 43; ferner Gerold § 74 Anm. 23; Volkmar § 81 Anm. 10.

4) So auch BayObLG FamRZ 62, 169 ff. (170).

Weit bedeutsamer wird jedoch meist der Einfluß sein, den Geschwister aufeinander ausüben.

Werden von der Scheidung oder Trennung mehrere Kinder betroffen, so muß der Richter davon ausgehen, daß es für die Geschwister grundsätzlich günstiger ist, wenn sie weiterhin zusammen aufwachsen ¹⁾. Dieser Forderung tragen die Entscheidungen der Vormundschaftsgerichte Rechnung:

Prietzl ²⁾ stellte bei der Durchsicht von 100 Sorgerechtsverfahren, die ein Berliner Amtsgericht zu erledigen hatte, fest, daß 35 davon Geschwister betrafen, diese aber nur in 3 Fällen getrennt wurden. Eine vom Verfasser vorgenommene Untersuchung von 50 Verfahren des Bonner Amtsgerichts aus den Jahren 1963/64 ergab, daß hierbei 21 mal über das Schicksal von Geschwistern zu entscheiden war, diese allerdings lediglich 3 mal unter den Eltern verteilt wurden.

Von dem genannten Grundgedanken ist abzuweichen, wenn irgendein Umstand vorliegt, der den Wert der gemeinschaftlichen Erziehung in Frage stellt oder in den Hintergrund treten läßt. So kann es zu einer Verteilung der Kinder

1) Vgl. amtliche Begründung zum EheG 38 in DJ 38, 1112; Begründung des RegEntw. zu § 1671 BGB bei Maßfeller-Reinicke S. 543; Haffter a. a. O. 131; Müller-Freienfels JZ 59, 396 ff. (400); Prietzl a. a. O. 44 f.; RGRK § 81 Anm. 4 b; Schworerer ZBJR 53, 11 ff. (13); Soergel-Siebert § 74 Anm. 8; Wuzel a. a. O. 28. In Erkenntnis dieses Gedankens hatte bereits § 81 II EheG 38 bestimmt, daß die Sorge für die Person mehrerer Kinder nur bei einem Elternteil zu verbleiben habe. Wenn diese Vorschrift heute auch nicht mehr Gesetz ist, vielmehr im Interesse der Vermeidung einer jeden starren Regelung (dazu Erman-Ronke § 74 Anm. 3 B b; Riedel a. a. O. 55; Schworerer FamRZ 57, 27 f. - Anm. auf S. 28 - und ZBJR 53, 11 ff. - 13 -; § 81 II beruhe auch auf nationalsozialist. Ideologien) schon bei der Neufassung im Jahre 1946 weggefallen ist, so hat sie trotzdem ihrem Inhalt nach heute noch Bedeutung (Egner a. a. O. 58 f.; Erman-Ronke § 1671 Anm. 10 A e; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 B; v. Godin § 74 Anm. 9; Riedel a. a. O. 55). Verfehlt sind daher Äußerungen von Beitzke (a. a. O. § 29 III 4 S. 166) und Hoffmann-Stephan (§ 74 Anm. 6 B), es könne im Einzelfall zu beachten sein, daß bei der Überlassung aller Kinder an einen Ehegatten der andere auf die Kinder ganz verzichten müsse. Diese Auffassung widerspricht dem Gesetz, das lediglich die für das Kind beste Lösung fordert, eine Berücksichtigung elterlicher Wünsche hingegen in § 1671 III 1 BGB nicht vorsieht (vgl. auch Müller-Freienfels "Ehe und Recht" 224; Gerold § 74 Anm. 16; Volkmar § 81 Anm. 8). Die Interessen der Eltern darf das Gericht nur dann beachten, wenn diese Wünsche Ausdruck einer engen Verbundenheit mit dem Kind sind und daher positive Eigenschaften der Eltern deutlich machen (a. A. Erman-Ronke § 1671 Anm. 10 A e, § 74 Anm. 3 B b; ähnlich Egner a. a. O. 58; vgl. auch oben S. 91 f. und Gernhuber, Lb. S. 614).

2) a. a. O. 46 Anm. 1.

kommen, wenn diese sich keinesfalls vertragen ¹⁾. Hierbei ist nicht an die oft sogar länger dauernden Streitigkeiten zu denken, die unter Kindern immer wieder auftreten. Solche Vorfälle sind ein wesentliches Moment des gemeinsamen Aufwachsens, das je nach Lage des Falles zu der auch im späteren Leben notwendigen Unterordnung, zur Entwicklung der Einsichtsfähigkeit, der Versöhnungsbereitschaft oder auch der Fähigkeit führen kann, sich zu behaupten. In Rede stehen vielmehr Situationen, in denen Geschwister mit ganz entgegengesetzten Charaktereigenschaften nicht miteinander harmonieren und sich daher gegenseitig eher schaden als nützen. In einem solchen Falle läßt es sich nicht umgehen, die Kinder teils dem einen teils dem anderen Elternteil zu geben, vorausgesetzt allerdings, daß jeder der beiden die Gewähr für eine gedeihliche Entwicklung der Kinder bietet.

4. Die Einflüsse der übrigen Umwelt

Gegenüber der Bedeutung, die der personellen Umwelt zukommt, spielen Einflüsse, die von der sachlichen Umgebung des Kindes ausgehen, oft eine geringere Rolle. Dennoch dürfen sie nicht übersehen werden.

So wird in Rechtsprechung und Rechtslehre wohl allgemein angenommen, daß eine Zubilligung des Kindes an den Elternteil nicht ausgeschlossen ist, der mangels ausreichender Unterkunft oder aus beruflichen Gründen ²⁾ das Kind vorerst nicht bei sich aufnehmen kann, solange es nur bei seinen Verwandten oder bei dem anderen Elternteil zunächst gut untergebracht ist ³⁾. Der dafür vorgesehene Zeitraum soll allerdings absehbar sein und nicht allzulange andauern. Außerdem darf der Teil, der die elterliche Gewalt erhalten soll, seinen früheren Ehepartner als zeitweiligen Betreuer der Kinder nicht übergehen ⁴⁾, vorausgesetzt natürlich, daß dieser dazu geeignet und willens ist. Tut er dies dennoch, so soll dies ein Grund dafür sein, ihm die Kinder zu nehmen, weil sich darin das mangelnde Verständnis für deren Interessen zeige.

In dieser Allgemeinheit wird diesen Grundsätzen jedoch nicht zu folgen sein. Bleiben die Kinder zunächst bei dem Elternteil, dem die Ausübung der elterlichen Gewalt nicht übertragen werden soll, so werden sie sich nach gewisser Zeit an die-

1) Erman-Ronke § 1671 Anm. 10 A e und § 74 Anm. 3 B b.

2) Vgl. Erman-Ronke § 1671 Anm. 10 A b, § 74 Anm. 3 B a.

3) BGH NJW 52, 1254; BayObLG in BayObLGZ 48/51 Nr. 85 = NJW 51, 889; OLG Oldenburg NdsRpfl 52, 154 f. (155); Erman-Ronke § 74 Anm. 3 B a; Gerold § 74 Anm. 21; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 B; Soergel-Siebert § 74 Anm. 8.

4) OLG Freiburg DRZ 59, 116; OLG Dresden JFG 5, 69 ff. (71); KG HRR 1941 Nr. 122; Gerold § 74 Anm. 21.

sen und seine Umgebung gewöhnt haben. Werden sie dann von ihm wieder getrennt, so führt dies zu einem Bruch, der, wenn er schon erfolgen soll, möglichst zu geschehen hat, ehe die Kinder eine engere Beziehung zu dem betreffenden Elternteil und zu dessen Umwelt hergestellt haben ¹⁾. Außerdem wird dieser sich später durch eine ablehnende Haltung oder eine Beeinflussung der Kinder meist gegen deren Wegnahme wehren; das müßte sich auf diese regelmäßig negativ auswirken. Es ist daher besser, wenn der Elternteil, der die Kinder nicht sofort zu sich nehmen kann, diese vorerst etwa bei seinen Geschwistern, Eltern oder anderen näheren Verwandten unterbringt, als daß die Kinder zunächst für eine gewisse Zeit bei dem anderen Elternteil verbleiben.

Bei der Frage nach dem Wohnort des Kindes ist stets darauf abzustellen, bei welchem Elternteil es besser untergebracht ist ²⁾. Hierbei können Gesichtspunkte wie die räumlichen Verhältnisse der Eltern, das Aufwachsen auf dem Lande oder in der Stadt ³⁾, da letzteres einem kränklichen Kind unter Umständen nicht zuträglich, in einem anderen Fall jedoch mit besseren Ausbildungsmöglichkeiten verknüpft ist, ferner die Art der Ernährung ⁴⁾ entscheidende Bedeutung haben. Nie darf aber übersehen werden, daß eine Änderung der bisherigen Unterbringung ⁵⁾ mit einem für das Kind meist schädlichen Bruch verbunden ist; zu denken ist nicht nur an den Verlust der heimischen Umgebung, sondern auch an die das Kind an seinem neuen Wohnort erwartenden Schwierigkeiten, wie z.B. an die Aufnahme in eine andere Schule. Ein solcher Wechsel darf daher nur erfolgen, wenn bestimmte Gründe dies zum Wohle des Kindes erfordern.

III. Die gerichtliche Entscheidung im Rahmen des § 1671 III 2 BGB

1. Stellungnahmen zum Einfluß des Schuldspruchs

Wurde bereits in den einleitenden Bemerkungen zu diesem Abschnitt auf die besondere Problematik hingewiesen, die dem Sorgerechtsverfahren infolge der Polarität des Kindeswohls und der Interessen der Eltern grundsätzlich anhaftet ⁶⁾, so wird dieser Zwiespalt noch deutlicher, wenn ein Ehepartner im Scheidungspro-

1) Vgl. OLG Stuttgart FamRZ 57, 27; OLG Dresden JFG 5, 69 ff. (73).

2) KG ZAKDR 39, 279 f. (280) mit zust. Anm. von Ficker (280 f.); Soergel-Siebert § 74 Anm. 8; Zimmermann UJ 57, 533.

3) KG ZAKDR 39, 279 f. (280) mit zust. Anm. von Ficker (280 f.).

4) Soergel-Siebert § 74 Anm. 8.

5) Dazu OLG Frankfurt MDR 62, 409.

6) Vgl. S. 90 f.

zeß allein für schuldig erklärt worden ist. Gemäß § 1671 III 2 BGB soll das Vormundschaftsgericht in diesem Falle die Ausübung ¹⁾ der elterlichen Gewalt dem schuldlosen Teil übertragen, sofern keine schwerwiegenden Gründe für die Übertragung auf den schuldigen Elternteil sprechen. Das Gesetz räumt dem unschuldigen Ehegatten also eine von Anfang an bessere Position ein, die nur unter besonderen Voraussetzungen erschüttert werden kann. Mit dieser Regelung vermehrt das Gesetz den Streit um das Kind um die Auseinandersetzung darüber, ob Gründe für ein Abweichen von dem Grundsatz des § 1671 III 2 BGB vorliegen; dies alles in der Regel zu Lasten des auf eine baldige Befriedung dringend angewiesenen Kindes.

Abgesehen von der Frage nach dem Schweregrad der entgegenstehenden Gründe drängt sich die Überlegung auf, warum der Gesetzgeber hier wohl dem schuldlosen Elternteil die genannte Vorrangstellung zugebilligt hat, obwohl Anlaß für die Schaffung des § 1671 BGB doch der Anspruch des Kindes auf staatliche Hilfe beim Versagen der Eltern gewesen ist.

Im wesentlichen werden hierzu folgende Auffassungen vertreten:

Wie zu § 81 III EheG 38 und § 74 IV EheG 46 wird erklärt, § 1671 III 2 BGB basiere auf der Vermutung der geringeren erzieherischen Eignung des schuldigen Teils ²⁾.

Nach anderer Ansicht soll § 1671 III 2 BGB sicherstellen, daß der schuldlose Elternteil neben seinem Ehegatten nicht auch noch die Kinder verliere ³⁾. In der Begründung zum Regierungsentwurf wird diese Überlegung folgendermaßen formuliert: "Ist aber ein Elternteil allein für schuldig erklärt und der andere schuldlos an der Scheidung, so darf über das Recht des letzteren auf die gemeinschaftlichen Kinder nicht zu leicht hinweggegangen werden können; das entspricht einer im Volke tief verwurzelten Auffassung" ⁴⁾.

1) Siehe hierzu S. 47 ff.

2) Vgl. z.B. Achilles-Greifff § 1671 Anm. 9; Beitzke a.a.O. § 29 III 3 S. 166 ("Der Schuldspruch ist regelmäßig ein Indiz dafür, daß dieser Gatte sich für die Erziehung schlecht eignet."); Erman-Ronke § 1671 Anm. 10 B b; H. Lehmann a.a.O. § 29 I S. 181; Niclas ZBJR 63, 48 ff. (49); Palandt-Lauterbach § 1671 (17. Aufl.) Anm. 4 (anders die 21. Aufl.).

3) Vgl. z.B. Achilles-Greifff § 1671 Anm. 9; Beitzke a.a.O. § 29 III 3 S. 166; Erman-Ronke § 1671 Anm. 10 B b; H. Lehmann a.a.O. § 29 I 2 S. 181; Niclas ZBJR 63, 48 ff. (49); Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 4; Maßfeller-Reinicke § 1671 Anm. 6; auch Begründung zum RegEntw. bei Maßfeller-Reinicke S. 542.

4) Siehe bei Maßfeller-Reinicke S. 542.

Etwa auf derselben Ebene liegt es, wenn gesagt wird, der ehetreue Gatte solle nicht auch noch dadurch gestraft werden, daß er das Kind nicht behalten dürfe ¹⁾, oder wenn das Privileg aus § 1671 III 2 BGB als Vorrang jenes Elternteils gedeutet wird, "der seine Elternpflicht zur Bewahrung des Elternhauses tadelfrei erfüllte" ²⁾.

§ 1671 III 2 BGB wird ferner damit erklärt, daß die Mutter meist der unschuldige Teil sei, in der Mehrzahl der Fälle nicht wieder heirate, die Kinder bei ihr also im Mittelpunkt des Interesses stünden und daher eher zur Ruhe kämen ³⁾.

Schließlich erfährt § 1671 III 2 BGB gerade in neuerer Zeit folgende Deutung:

Die Vorschrift fuße auf der insbesondere aus sozialen, religiösen und pädagogischen Gründen erwachsenden Ablehnung der Ehescheidung; diese werde wiederum zum Anlaß für die Abwertung des für die Scheidung verantwortlichen Teils ⁴⁾. Nach dieser Ansicht "steht nicht im Vordergrund die individuelle Aufdeckung bestimmter Eigenschaften, die den schuldigen Teil als für die Erziehung weniger geeignet erscheinen lassen, sondern die allgemeine Bedeutung der Einrichtung

1) So Dunz NJW 59, 802 f. (803).

2) So Gernhuber, Lb. S. 615.

3) Vgl. Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 1.

4) Dazu kritisch Müller-Freienfels JZ 59, 339 ff. (345) und "Ehe und Recht" 215; ihm folgend Firsching a. a. O. 57 und Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 4; dahingestellt gelassen bei KG FamRZ 59, 509 ff. (510). Müller-Freienfels bemerkt: "In Betracht kommt eine vom Schutz der Ehe ausgehende Begründung derart, daß den Alleinschuldigen an einer Ehescheidung ein sozialer Makel trifft als Ausdruck der sozialen Mißbilligung der Ehescheidung. Sie bedeutet nicht eine bei der Schuld des Einzelnen einsetzende Rechtfertigung des § 1671, sondern eine von allgemeinen "eheerhaltenden" Erwägungen aus bestimmte Erklärung, deren Ziel der Schutz der Ehe als soziale Organisation ist." Vgl. hierzu auch LG Bad Kreuznach NJW 57, 915; "Die Institutsgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG muß aber ihrer Natur nach bedeutsamer sein als die Anerkennung von Individualrechten derer, die in dieser Institution leben"; ferner Bosch a. a. O. 13, 21 und RpfL 53, 487; Dombois, Ztschr. f. evang. Kirchenrecht 56, 32 ff. (47); Giese in Giese-Willy a. a. O. 681 ff. (685, 687); schließlich Wuzel a. a. O. 25 f., der zu § 81 III EheG 38 u. a. schrieb: "Der Ehegatte, den die Alleinschuld oder die überwiegende Schuld trifft, hat durch sein Verhalten einen Mangel an ehelicher Gesinnung bewiesen und mit der Ehe gleichzeitig die Familie als Grundlage einer geordneten Erziehungstätigkeit zerstört,".

"Ehe". Der Staatsbürger erwartet angesichts ihrer sozialen Bedeutung, daß der Staat Vorkehrungen zur Abwehr der Ehescheidung trifft. In ihrem Zug muß die Abhängigkeit der Regelung der elterlichen Gewalt nach der Ehescheidung von der Alleinschuldigerklärung gesehen werden." ¹⁾.

2. Kritische Würdigung

Soweit § 1671 III 2 BGB auf eine Vermutung der geringeren erzieherischen Eignung des schuldigen Teils zurückgeführt wird, übersehen die Vertreter dieser Ansicht, daß zur Widerlegung jener Vermutung schon der Beweis der besseren Eignung des schuldigen Ehegatten ausreichen müßte ²⁾. Dieser Beweis wäre aber bereits durch den Nachweis leichter Gründe geführt, ohne daß es, wie § 1671 III 2 BGB fordert, auf schwerwiegende Gründe ankommen dürfte. Im übrigen könnten entgegen der von den Vertretern dieser Ansicht geübten Praxis zur Entkräftung der behaupteten Vermutung nur die Tatsachen verwandt werden, die in der Person des schuldigen Ehegatten begründet, nicht aber solche Umstände, die in der Person des Kindes oder in der es umgebenden Umwelt zu suchen sind ³⁾.

§ 1671 III 2 BGB kann also nicht darauf beruhen, daß der Gesetzgeber den alleinschuldigen Elternteil als für die Kindeserziehung weniger geeignet ansieht ⁴⁾.

Wenn § 1671 III 2 BGB auf die Überlegung gestützt wird, man könne dem unschuldigen Ehepartner nicht auch noch den Verlust des Kindes zumuten und ihn auf diese Art obendrein bestrafen, oder wenn das Vorrecht des § 1671 III 2 BGB gleichsam als Belohnung des pflichtbewußten Elternteils aufgefaßt wird, so mögen diese Gedanken - für sich allein betrachtet - verständlich sein ⁵⁾. Damit wird allerdings

1) Müller-Freienfels JZ 59, 339 ff. (345).

2) Vgl. auch OLG Freiburg DRZ 50, 207 ff. (209) mit zust. Anm. von Baur; OLG Hamm MDR 48, 216; Bach DRZ 50, 77; Dressel DFG 44, 70; Prietzel a. a. O. 70 f.; Schwoerer NJW 52, 1254, 57, 1594 f. (1595), AcP 151, 122 ff. (127); ferner Achilles-Greifff § 74 Anm. 14; Egner a. a. O. 60 f.; RGRK § 81 Anm. 4 a; v. Scanzoni §§ 81, 82 Anm. 10.

3) So auch Baur DRZ 50, 209 f. (Anm. zu OLG Freiburg) und 354; dagegen Schwoerer DRZ 50, 352 f. und AcP 151, 122 ff. (128).

4) Siehe auch Gernhuber, Lb. S. 614; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 4 (jedoch ohne nähere Begründung); Schwoerer NJW 57, 1594. Aus dieser Feststellung ergibt sich auch die Unhaltbarkeit der zu § 74 IV EheG 46 geäußerten Auffassung des Bundesgerichtshofs, daß selbst dann, wenn der unschuldige Teil auf seine Rechtsposition verzichtet habe, die Widerlegung der genannten Vermutung erforderlich sei (so in NJW 57, 1069 f. - 1070 -, verschärft gegenüber NJW 52, 976; a. A. wohl auch Firsching a. a. O. 56, 57).

5) Kritisch dazu Krüger in Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 1 (S. 603/4); vgl. ferner Maßfeller DNotZ 57, 342 ff. (362).

das den Schutz des Kindes bezweckende Sorgerechtsverfahren seiner eigentlichen Zielsetzung entfremdet. Es würde dazu dienen, einer dieses Schutzes nicht bedürftigen Person einen Ausgleich für erlittenes Unrecht zu gewähren ¹⁾. Im übrigen führt die Überlegung, der Verlust des Kindes könne dem unschuldigen Ehegatten nicht zugemutet werden, dazu, diesem Elternteil ein Vorrecht einzuräumen, kraft dessen dieser vom Staat die Zuteilung der Kinder verlangen kann ²⁾, wenn keine schwerwiegenden Gründe dagegen sprechen. Eine solche Berechtigung kann aber keine Anerkennung finden, da sie mit der vom Gesetz selbst fest umrissenen Stellung der Eltern gegenüber ihren Kindern nicht vereinbar ist. Wie bereits ausgeführt ³⁾, stellt die elterliche Gewalt ein Fürsorge- und Schutzverhältnis zwischen Eltern und Kindern dar, das nach geltendem Recht Pflichtcharakter trägt und den Eltern Rechtsbefugnisse nur gewährt, als es darum geht, Eingriffe dritter Personen oder des Staates ⁴⁾ abzuwehren oder zu verhindern, daß das Kind sich der elterlichen Gewalt entzieht ⁵⁾. Diese Befugnisse sind den Eltern also nur gegeben, um zu ermöglichen, daß sie ihre Pflicht zur Pflege und Erziehung des Kindes erfüllen können ⁶⁾. Die Stellung der Eltern ist mithin eine ganz und gar uneigennützige, wie gerade auch der Wegfall des eigennützigen Nutznießungsrechtes der Eltern am Kindesvermögen ⁷⁾ seit Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes zeigt. Andere Berechtigungen als die oben genannten besitzen die Eltern nicht. Es ist daher irrig, wenn die Begründung zum Regierungsentwurf ⁸⁾, von einem angeblich bereits bestehenden Recht des schuldlosen Teils auf die Kinder spricht, über das nicht zu leicht hinweggegangen werden könne. Dies wäre nur unter der Voraussetzung zutreffend, daß dem nicht für schuldig erklärten Elternteil aus einem nicht in § 1671 III 2 BGB liegenden Rechtsgrunde ein Recht auf Zuteilung der Kinder zustände, das der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 1671 BGB zu beachten gehabt hätte. Ein solches Recht ist den Eltern, wie dargelegt, aber nicht eigen.

Soweit § 1671 III 2 BGB damit gerechtfertigt werden soll, daß der unschuldige Teil meist die Mutter sei, bei der das Kind eher wieder zur Ruhe komme,

1) Vgl. auch Gernhuber, Lb. S. 615.

2) Das OLG Stuttgart spricht in FamRZ 57, 27 sogar von einem subjektiven Recht des betreffenden Elternteils.

3) Vgl. S. 35f. und die dort gegebenen Literaturhinweise.

4) Siehe Art. 6 II 1 GG; dazu auch Riedel a. a. O. 18 ff.

5) Siehe auch Dietz a. a. O., zit. nach und zust. Palandt-Lauterbach Einf. 2 vor § 1626; ferner Hoecherl a. a. O. 4; Mot IV 724.

6) Vgl. bes. Gernhuber FamRZ 62, 89 ff. (90); ferner oben S. 36.

7) § 1649 BGB a. F.

8) Siehe bei Maßfeller-Reinicke S. 542.

mögen statistische Untersuchungen die Richtigkeit dieses Ausgangspunktes zwar nachgewiesen haben ¹⁾. Den Gedankengang im Gesetz zu normieren, führt aber nur dazu, ihn zu verabsolutieren, und erschwert es, im konkreten Falle von ihm abzu-
sehen. Die Praxis der Gerichte zu § 81 III EheG 38, § 74 IV EheG 46 und § 1671 III 2 BGB beweist letzteres. Im Einzelfalle kann es im übrigen gerade wünschenswert sein, daß die Kinder einen Ersatzerlternteil erhalten und nicht so sehr in dem vielleicht übersteigerten Interesse des unschuldigen Teils stehen.

Wenn § 1671 III 2 BGB schließlich mit der überindividuellen Überlegung erklärt wird, die Institution der Ehe verlange zum Zwecke ihres Schutzes eine Abwertung dessen, der sie verletzt hat, so läuft dies im Ergebnis auf den schon zu den §§ 1635 I 1 Halbs. 1 BGB a.F., 81 III EheG 38 und 74 IV EheG 46 geäußerten Gedanken ²⁾ hinaus, diese Vorschriften würden den Scheidungswillen von der Scheidung abschrecken ³⁾. Gegen diese Deutung des § 1671 III 2 BGB bestehen allerdings gewichtige Bedenken.

Verknüpft man den Verstoß gegen Grundsätze der sozialen und ethischen Ordnung mit dem Unwerturteil ⁴⁾ der Gemeinschaft über den Rechtsbrecher, so ist dieses Unwerturteil jedenfalls dann nicht berechtigt, wenn der Schuldpruch des Scheidungsurteils dem wahren Sachverhalt nicht entspricht ⁵⁾ ⁶⁾.

Ist bereits diese Frage nicht zu beantworten, so mehren sich die Bedenken darüber, ob es rechtlich gebilligt werden kann, mit § 1671 III 2 BGB eheerhaltendes

- 1) Vgl. z.B. Stat. Handbuch für die Republik Österreich 1959, 251; 1960, 285; 1961, 286; "Die Ehescheidung" a.a.O. 38; Stat. Jahrbuch Frankfurt a.M. 1959, 28; 1960, 27; NJW 64 Heft 30 S. V (o.Verf.).
- 2) Vgl. dazu Maret a.a.O. 50; v. Scanzoni §§ 81, 82 Anm. 9.
- 3) Siehe auch Weber im Untersuchungsausschuß "Familienrechtsgesetz" des Rechtsausschusses des Bundestags, Protokoll der 63. Sitzung S. 5.
- 4) Vgl. dazu auch Blötz AGJJ-Mitteilungen Nr. 29 (Oktober 1959) S. 27 ff. (30).
- 5) So in den zahlreichen Fällen, in denen ein Ehegatte abredegemäß die Schuld übernimmt, aber auch dann, wenn das Scheidungsgericht ohne Veranlassung durch die Ehegatten ein Fehlurteil getroffen hat. Während man im ersten Falle noch sagen könnte, der sich schuldig bekennende Ehepartner müsse dann eben auch das Unwerturteil in Kauf nehmen, läßt sich das im zweiten Falle keinesfalls behaupten.
- 6) Daß es auf diese Divergenz nicht ankommt, ist heute allgemeine Ansicht; vgl. z.B. BGH NJW 51, 879 ff. (880); OLG Frankfurt FamRZ 62, 171 ff. (173); Erman-Ronke § 1671 Anm. 10 B a; Habscheid FamRZ 58, 202 ff. (208); Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 1; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 4; Riedel a.a.O. 45.

Tendenzen zu verfolgen. Abgesehen von erheblichen Zweifeln an der Effektivität solcher gesetzgeberischen Absichten ¹⁾ muß man nämlich folgendes bedenken: Da nach dem Wortlaut des Gesetzes leichter wiegende Gründe nicht zu einer Zuteilung an den schuldigen Teil führen können, würden in diesen Fällen die Kindesinteressen bewußt dem Gedanken des Eheschutzes, der Abschreckung potentieller Ehebrecher nachgeordnet; das Kind würde als Mittel für die Erreichung eines an sich billigenwertigen, aber ihm durchaus fremden Zweckes verwandt. Die gleiche Feststellung müßte hinsichtlich des in Wirklichkeit unschuldigen, aber für schuldig erklärten Ehegatten getroffen werden, der die Scheidungsschuld nicht übernommen hat ^{2) 3)}.

Mag das Unrecht, das auf diese Weise einen Ehegatten treffen kann, nicht so folgenschwer sein, weil ein Erwachsener eher die Kraft besitzt, einen solchen Schicksalsschlag zu überwinden, so wird das Kind geradezu mißbraucht, um eheerhaltenden Tendenzen zum Erfolg zu verhelfen. Sollte das Gesetz dies wirklich beabsichtigen, so würde es, da es - wie betont - die Kindesinteressen dem Gedanken des Eheschutzes unterordnete, ein Faktum schaffen, dem die gesamte übrige Rechtsordnung diametral entgegenstünde ⁴⁾. Nun steht zwar, so könnte man einwenden, gemäß Art. 6 I GG gerade auch die Ehe unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung, so daß der Gesetzgeber den Schutz der Ehe gleichrangig neben die Sicherung des Kindeswohls stellen könne. Bei Abwägung beider Gesichtspunkte muß aber dem Kindeswohl der Vorrang vor dem Schutz der

1) Vgl. oben S. 37/38.

2) Bei Übernahme der Scheidungsschuld könnte daran gedacht werden, daß der betreffende Elternteil es sich gefallen lassen muß, daß die Wirkungen seines schlechten Beispiels auf andere durch das an ihm statuierte Exempel wieder neutralisiert werden sollen; vgl. auch S. 116 Anm. 5.

3) Diese Konsequenzen rücken, soweit es den Ehepartner betrifft, bedenklich in die Nähe der sog. Scheidungsstrafe, eines Gedankens, der insbesondere zu § 1635 I 1 Halbs. 1 BGB a. F. vertreten wurde; vgl. dazu Amtl. Begründung DJ 38, 1112; Bovensiepen a. a. O. 157; Gerold § 74 Anm. 1; Maret a. a. O. 10; Müller-Freienfels JZ 59, 339 ff. (341); Palandt-Lauterbach (1. Aufl., 1939) Einl. zum EheG, Ziff. 2 (zit. nach Schworerer AcP 151, 122 ff. - 125-); Prietzel a. a. O. 41; Wuzel a. a. O. 24.

Zum geltenden Recht vgl. Lempp NJW 63, 1659 ff. (1660) und Schworerer NJW 64, 5 ff. (8).

4) Vgl. etwa Art. 6 II GG, §§ 107 ff., 1626 II, 1627, 1634 II, 1641 ff., ferner das Gesetz zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit vom 4. 12. 1951 (BGBl. I 936), das Gesetz für Jugendwohlfahrt vom 11. 8. 1961 (BGBl. I 1206) und das Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften vom 9. 6. 1953 (BGBl. I 377).

Ehe eingeräumt werden. Die Gemeinschaft wird nämlich durch eine Vielzahl von Jugendlichen, die zahlreichen negativen Einflüssen ausgesetzt ist, weit mehr belastet als durch die Auflösung kranker Ehen, die ohnehin nur noch formal bestehen und keineswegs beispielgebend sind für das Bild einer guten Ehe, von dem auch Art. 6 I GG ausgeht. Dies alles gilt um so mehr, als bisher alle staatlichen Maßnahmen nicht dazu führen konnten, die Scheidungsziffer erheblich zu senken, weil eben die Achtung und Festigung der Ehe und Familie in der Gemeinschaft kaum durch scheidungserschwerende Gesetze erreicht wird, sondern viel eher durch eine Besserung der Moral und Sitte.

Selbst wenn der schuldige Teil zur Erziehung vielfach weniger geeignet ist und die Interessen des Kindes durch die Zuteilung an den unschuldigen Teil folglich besser gewahrt werden, so mangelt es § 1671 III 2 BGB also auch unter dem Aspekt eheerhaltender Tendenzen der inneren Berechtigung.

Fehlt mithin jede berechtigte Motivation für die von § 1671 III 2 BGB getroffene Regelung, so drängt sich die Frage auf, ob diese Vorschrift nicht sogar Art. 2 I GG widerspricht ¹⁾.

Art. 2 I GG gibt jedem, auch dem unmündigen Kinde, das Grundrecht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit. Nun mag man daran zweifeln, ob diese Vorschrift dem Kinde auch einen Anspruch auf Erziehung gewährt und gegen wen ein solcher Anspruch sich richten würde. Auf jeden Fall läßt sich Art. 2 I GG kein Recht des Kindes auf die beste aller möglichen Erziehungsarten entnehmen. Eine solche Auswahl könnte nämlich gar nicht getroffen werden ²⁾. Er sichert dem einzelnen nur die Mindestvoraussetzungen, deren er zur freien Entfaltung seiner Persönlichkeit bedarf ³⁾. Sind diese nicht erfüllt, so sind aber stets auch schwerwiegende Gründe im Sinne des § 1671 III 2 BGB gegeben, die zu einer Zuteilung an den schuldigen, jedoch besser geeigneten Elternteil führen.

Nach der entgegengesetzten Auffassung müßte es möglich sein, daß ein Kind nicht geschiedener Eltern das Vormundschaftsgericht mit der Bitte um Bestellung anderer Erzieher anginge und dies damit begründete, daß seine Eltern ihm zwar gute, aber nicht die günstigsten Entwicklungsvoraussetzungen böten. Dieser Weg steht jedoch nur dann offen, wenn das Kind in seiner leiblichen, seelischen oder gesellschaftlichen Entwicklung Schaden nähme.

Art. 2 I GG und § 1671 III 2 BGB widersprechen einander also nicht.

1) Dies klingt an bei Krüger in Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 1 S. 604.

2) Vgl. oben S. 84 ff.

3) BVerfG in BVerfGE 4, 7 ff. (15) = NJW 54, 1235; ebenso v. Mangoldt-Klein Art. 2 Anm. III 6 c (a.E.).

Dennoch bleibt es bei der Feststellung, daß § 1671 III 2 BGB der inneren Berechtigung ermangelt und daher verfehlt ist. Es ist deshalb zu fordern, daß § 1671 III 2 BGB, nachdem sich der Schwerpunkt der gesetzlichen Regelung im Laufe der Zeit immer mehr von einer Beachtung der elterlichen Interessen zur Wahrung des Kindeswohls verschoben hat, bei der nächsten Reform des BGB ersatzlos gestrichen wird ¹⁾. Zumindest sollte aber überlegt werden, anstatt des formalen Gesichtspunktes der Scheidungsschuld die Ursachen der Scheidung zu berücksichtigen, wie dies etwa in § 142 des österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs der Fall ist ²⁾.

3. Die schwerwiegenden Gründe

Solange § 1671 III 2 BGB noch gültig ist, haben Rechtslehre und Rechtsprechung sich mit ihm auseinanderzusetzen. Alle bisher unternommenen Versuche, dieser Bestimmung zu einer befriedigenden Praktikabilität zu verhelfen, können nicht restlos überzeugen. Sie überwinden nicht den Zwiespalt, der in § 1671 BGB liegt. Ob von einer individuellen Betrachtungsweise, nach der die Ehe ein Miteinander von Personen mit persönlichen Interessen ist ³⁾, ob von einem Vorrecht des unschuldigen Ehegatten ausgegangen oder ob § 1671 III 2 BGB als Ausdruck sozialer Mißbilligung aufgefaßt wird ⁴⁾, stets bleibt die Frage, wie die vielfach einan-

- 1) Eine Einengung des Anwendungsbereiches des § 1671 III 2 BGB sollte heute bereits damit beginnen, daß man genau darauf achtet, ob dessen Voraussetzungen vorliegen; so ist § 1671 III 2 BGB unanwendbar, wenn der Schuldspruch nicht im Tenor, sondern nur in den Gründen des Scheidungsurteils enthalten ist (so Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 13; Müller-Freienfels "Ehe und Recht" 219; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 4; a.A. KG OLGE 17, 267 und wohl auch v. Godin § 74 Anm. 8). Außerdem sollte ein Rest an Unklarheit bei der Feststellung eines schwerwiegenden Grundes zu Lasten des unschuldigen Teils gehen (a.A. Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 4); dies fordert das Kindeswohl, um das es letztlich stets geht.
- 2) Wie mißglückt die Regelung des § 1671 III 2 BGB ist, mag beiläufig auch ein Hinweis auf § 2 Satz 2 der 6. DVO zum EheG 46 erhärten (vgl. auch Blötz AGJJ-Mitteilungen Nr. 29 (Oktober 1959) S. 27 ff. - 31 -). Dort wird bestimmt, daß der Vormundschaftsrichter bei der Zuteilung der Ehewohnung und des Hausrats geschiedener Ehegatten unter anderem "die Ursachen der Eheauflösung" zu berücksichtigen hat. In diesem Verfahren, in dem es nicht um das Schicksal eines Menschen, sondern lediglich um die Verteilung von Gegenständen geht, wird dem Gericht wenigstens die Befugnis eingeräumt zu prüfen, weshalb die Ehe gescheitert ist, und ggf. Schlüsse daraus zu ziehen, während der Richter im Sorgerechtsverfahren an den oft zweifelhaften Schuldspruch gebunden ist.
- 3) Vgl. dazu Müller-Freienfels JZ 59, 339 ff. (345/6).
- 4) Dazu Müller-Freienfels JZ 59, 339 ff. (345) und "Ehe und Recht" 215.

der widerstreitenden Prinzipien des Kindeswohls und des Schutzes des unschuldigen bzw. der sozialen Verurteilung des schuldigen Teils im konkreten Falle zu bewerten sind oder, anders gesagt, welche Umstände gegeben sein müssen, um im Falle des § 1671 III 2 BGB zugunsten des Kindes entscheiden zu können. Eine überzeugende Antwort darauf ist bisher noch nicht gegeben worden. Die Frage, was eigentlich schwerwiegende Gründe ¹⁾ im Sinne des § 1671 III 2 BGB sind, wird in Rechtsprechung und Rechtslehre mit Erklärungen bedacht, in denen Begriffe wie "wesentlich, erheblich, wichtig, beachtlich" Verwendung finden ²⁾. Damit wird jedoch sachlich wenig ausgesagt. Auch Äußerungen, die einen Unterschied zwischen schwerwiegenden und überwiegenden Gründen machen ³⁾, vermögen das Problem nicht zu lösen.

Soweit ersichtlich, krankten alle hierzu geäußerten Auffassungen daran, daß man die schwerwiegenden Gründe des § 1671 III 2 BGB in Relation setzt zu dem dieser Vorschrift entnommenen sogenannten Vorrecht des unschuldigen Elternteils. Man fragt danach, welches Gewicht diesen Gründen zukommen muß, damit sie das genannte Vorrecht entkräften können ⁴⁾. Ist dies der Ausgangspunkt der Überlegungen, so hängt die Beurteilung dessen, was schwerwiegende Gründe sind, davon ab, welches Gewicht man dem sogenannten Vorrecht zubilligt.

- 1) Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Fassung z.B. des § 626 BGB, der §§ 3 III und 6 II 2 EheG 46, wo von triftigen, wichtigen und schwerwiegenden Gründen die Rede ist.
- 2) Siehe etwa KG FamRZ 59, 509 f. = EJF A I f Nr. 24 (mit Anm. von Schwoerer); OLG Hamburg FamRZ 59, 255 und 60, 123; BayObLG FamRZ 62, 169 ff. (171); OLG Karlsruhe (ZS Freiburg) FamRZ 59, 258, 424 und 425 = JZ 59, 365 = NJW 59, 150; Erman-Ronke § 1671 Anm. 10 B b; Gernhuber, Lb. S. 616; H. Lehmann a. a. O. § 29 I 2 S. 181; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 4; Riedel a. a. O. 52 in Anlehnung an BGH NJW 51, 879 ff. (880) = LM § 74 EheG Nr. 2; Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (438) und 59, 256 (Anm. zu OLG Hamburg).
- 3) So Maßfeller-Reinicke § 1671 Anm. 6 und BAnz. 1957 Nr. 59 - Beilage S. 9 -; ihnen folgend KG FamRZ 59, 509 ff. (510) und Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 4; vgl. hierzu auch KG JFG 19, 192 ff. (196). Wie abträglich sich solche Überlegungen für das Wohl des Kindes auswirken können, zeigt folgende Formulierung bei Maßfeller-Reinicke (§ 1671 Anm. 6): "Nur wenn es ... nicht zu verantworten wäre, das Kind bei dem schuldlosen Elternteil zu belassen, soll es der Obhut des allein schuldigen Elternteils anvertraut werden." Damit gerät man in die Nähe der zu § 1635 I 2 BGB a. F. vertretenen, inzwischen aber längst aufgegebenen Ansichten, nach denen eine Gefährdung des Kindes (dazu KG FamRZ 59, 509) für eine abweichende Regelung erforderlich war.
- 4) So ausdrücklich KG FamRZ 59, 509 f.; BayObLG FamRZ 64, 523 f. (524) und 62, 169 ff. (171); Erman-Ronke § 1671 Anm. 10 B b.

Dieser Deduktion kann jedoch nicht zugestimmt werden. Ausschlaggebend darf vielmehr nur der Gedanke sein, daß weit weniger der unschuldige Elternteil als gerade das an all den Wirrungen einer Scheidung völlig unschuldige und durch diese oft schwer geschädigte Kind auf Schutz und Hilfe angewiesen ist, die ihm die Eltern nicht mehr gewähren ¹⁾. Gerade diese Überlegung war auch der Anlaß für die Schaffung des § 1671 BGB. Daraus folgt, daß das Vorrecht des nicht für schuldig erklärten Elternteils nicht den Vorrang genießt, der ihm vielfach zugebilligt wird. Es besitzt nicht die überragende Bedeutung, die ihm eigen sein müßte, um als Maßstab zu dienen, an dem der beherrschende Gesichtspunkt des Kindeswohls gemessen werden könnte ²⁾; dies um so mehr, wenn man beachtet, daß das Vorrecht, wie oben dargelegt ³⁾, durch keine der bisherigen Darstellungen gerechtfertigt ist. Taucht daher die Frage auf, ob Gründe vorliegen, die ein Abweichen von der Regel des § 1671 III 2 BGB rechtfertigen, so ist dies allein danach zu beantworten, ob die Gründe die kindliche Entwicklung entscheidend beeinflussen, nicht aber danach, ob sie das sogenannte Vorrecht des unschuldigen Ehegatten ausräumen.

Für diese Auffassung spricht insbesondere auch, daß der Gesetzgeber die "besonderen Gründe" des § 74 IV EheG 46 durch die "schwerwiegenden" des § 1671 III 2 BGB ersetzt hat. Daraus folgt nämlich seine Absicht, es allein auf das Gewicht eines jeden Umstandes im konkreten Falle ankommen zu lassen und nicht mehr auf außergewöhnliche (besondere) Momente abzustellen, die der Beachtung des Vorrechts entgegenstehen.

Schließlich wird die hier vertretene Ansicht noch dadurch erhärtet, daß der Gesetzgeber der in Rede stehenden Vorschrift nicht mehr wie in § 74 EheG 46 den Rang eines besonderen Absatzes eingeräumt, sondern sie dem § 1671 III 1 BGB als Satz 2 angegliedert hat, der die für das Kind beste Regelung ausdrücklich betont ⁴⁾.

- 1) Lediglich der Fürsorge für das Kind dient ja auch das vormundschaftsgerichtliche Verfahren seiner Zweckbestimmung nach; vgl. Opet-v. Blume § 1635 Anm. 4 a. Hierzu ferner Müller-Freienfels "Ehe und Recht" 213.
- 2) Es erscheint deshalb auch unzutreffend, wenn der BGH (FamRZ 57, 252 f.) von einem dem unschuldigen Ehegatten um seiner selbst willen zugebilligten Recht spricht, das nur durch außergewöhnliche Umstände entkräftet werde.
- 3) Vgl. S. 114 ff.
- 4) Ähnliche Überlegungen finden sich bei der Auseinandersetzung mit § 74 IV EheG 46, dem man teils nur den Charakter einer Richtlinie im Rahmen der Gesamtvorschrift gab; vgl. hierzu etwa OLG Hamm ZBlJR 50, 75 f., MDR 48, 217 = AcP 150, 460 f., RpfI 48, 118, JMB1NRW 50, 10; OLG Freiburg DRZ 50, 207 = JR 50, 691; OLG München BayJMB1 51, 41 (LS in JZ 51, 184); OLG Hamm JMB1NRW 51, 13 (weniger deutlich); Riedel JR 50, 353 ff. (356), UJ 49, 17 ff. (20); Schworer AcP 151, 122 ff. (127), DRZ 50, 353, NJW 51, 861 ff.

Auch daraus ergibt sich, daß der Vorrang des unschuldigen Elternteils nicht die absolute Geltung besitzt, die ihn, jeden anderen Gesichtspunkt zumindest zunächst verdrängend, an die Spitze der Betrachtungen rücken würde.

Um von dem Grundsatz des § 1671 III 2 BGB abweichen zu können, genügt es also, wenn Umstände vorliegen, die auf die Entwicklung des Kindes gestaltenden Einfluß ausüben und nicht nur unbedeutende Wirkungen ¹⁾ zeitigen. Hierzu gehören je nach Lage des Einzelfalles auch solche Gründe, die bei fast jeder Scheidung wiederkehren, etwa der negative Einfluß der Trennung des Kindes von dem Elternteil, bei dem es sich bisher aufgehalten hat ²⁾. Derartige in Rechtsprechung und Rechtslehre als "allgemeine Erwägungen" bezeichnete Umstände können nicht mehr von der Beachtung ausgeschlossen werden mit dem Argument, der Gesetzgeber habe sie gesehen und mit Rücksicht auf ihre regelmäßige Wiederkehr zumindest stillschweigend für unerheblich erklärt ³⁾. Entscheidend ist vielmehr allein, ob sie ausreichend gewichtige Bedeutung für die Entfaltung der kindlichen oder jugendlichen Persönlichkeit besitzen ⁴⁾ ⁵⁾. So gesehen kann etwa auch die Trennung

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 121:

(862), ZBJR 53, 11 (I), JR 52, 269 ff. (270); wohl auch Gerold § 74 Anm. 18; ferner Baur DRZ 50, 209 f.; Messerer UJ 51, 251 ff. (252 f.); Egner a.a.O. 60; auch OLG Köln JMB1NRW 51, 12; OLG Hamburg MDR 50, 494.

- 1) Nach Müller-Freienfels (JZ 59, 396 ff. - 397 -) sind infolge "der außerordentlichen Bedeutung, die jeder Entscheidung über die elterliche Gewalt wegen der dabei aufgeworfenen "Schicksalsfragen" nun einmal innewohnt, die meisten Gründe "schwerwiegend"; man müsse "nur die Beurteilung genügend tief anlegen und an die einzelnen Auswirkungen denken". Vgl. ferner die Begründung zum RegEntw. (bei Maßfeller-Reinicke a.a.O. S. 542), nach der lediglich Gründe mit nur geringem Gewicht nicht ausreichen.
- 2) So BayObLG FamRZ 64, 523 f. (524).
- 3) So noch die h.M. zu § 74 IV EheG 46 unter Hinweis auf den Begriff "besondere Gründe". Vgl. zu dieser Ansicht auch KG DR 39, 1000 = JFG 19, 269, DR 40, 2166, 41, 1607 = JFG 22, 271, DR 43, 693, DJ 44, 323; OLG Freiburg DRZ 50, 207; sie klingt trotzdem wieder an bei OLG Hamburg FamRZ 59, 255.
- 4) Ähnlich Müller-Freienfels JZ 59, 396 ff. (397); ferner BGH NJW 51, 879 ff. (881), 52, 976 f. (977); Riedel a.a.O. 52 sowie Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (439) und NJW 64, 5 ff. (6).
- 5) Aus all dem folgt, daß der Gesetzgeber eine abweichende Anordnung durch die Neuregelung nicht erschweren wollte (ebenso Firsching a.a.O. 57; Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. - 438 -; anders in FamRZ 54, 120 ff. - 121 - und Blötz AGJJ-Mitteilungen Nr. 29 - Oktober 1959 - S. 27 ff. - 28, 30 -; nach KG FamRZ 59, 509 ff. - 510 - gibt es keinen Unterschied zwischen den besonderen Gründen des § 74 IV EheG 46 und den schwerwiegenden Gründen des § 1671 III

eines Kleinkindes von seiner Mutter ein schwerwiegender Grund sein ¹⁾).

D. DIE BESTELLUNG EINES PFLEGERS ODER VORMUNDES

Würde durch eine Zubilligung des Kindes an einen Elternteil dessen geistiges oder leibliches Wohl oder dessen Vermögen gefährdet, so kann das Gericht die Ausübung der elterlichen Gewalt einem Vormund oder Pfleger übertragen (§ 1671 V BGB). Der Gesetzgeber hat damit eine Vorschrift geschaffen, die den §§ 1666, 1667 BGB ähnelt. In beiden Fällen ist die Bindung zwischen Kind und Eltern dermaßen zusammengebrochen, daß es unverantwortlich ist, die Personen- oder Vermögenssorge oder beide weiterhin einem Elternteil zu belassen. § 1671 V BGB ist deshalb aber nicht überflüssig. Seine Aufnahme in die Gesamtvorschrift war vielmehr angebracht, da § 1666 BGB im Gegensatz zu § 1671 V BGB ²⁾ lediglich bei schuldhaftem Verhalten des Sorgeberechtigten ³⁾ erfüllt ist, also in einer weit geringeren Zahl von Fällen anwendbar wäre als § 1671 V BGB. Hätte der Gesetzgeber es lediglich bei den §§ 1666 f. BGB belassen, so wäre mithin dem Wohle des Kindes kein guter Dienst geleistet. Da er aber im Falle der Scheidung, also der Zerstörung der Familie nicht mehr an die ihm durch Art. 6 I, III GG gezogenen Schranken ⁴⁾ gebunden ist, konnte er in § 1671 V BGB eine Regelung treffen, die dem Richter im Interesse des Kindes einen weiteren Spielraum gewährt.

Werden auf diese Weise dem Vormundschaftsgericht durch § 1671 V BGB weitergehende Möglichkeiten an die Hand gegeben als durch die §§ 1666 f. BGB, so erfährt § 1671 V BGB gegenüber den entsprechenden früheren Bestimmungen der §§ 81 IV EheG 38, 74 V EheG 46 aber auch eine Einengung. Dort war die Bestellung eines Pflegers zulässig, sofern dies aus besonderen Gründen für das Wohl des Kindes erforderlich war. Demgegenüber verlangt § 1671 V BGB in Anlehnung an die §§ 1666 f. ⁵⁾ gerade auch mit Rücksicht auf die ausdrückliche Veranke-

Fortsetzung der Fußnote 5 von Seite 122;

2 BGB; ebenso Riedel a. a. O. 52). Wenn hingegen das OLG Hamburg (FamRZ 59, 255) von einer "Verschärfung der Voraussetzungen" spricht, kann dem nicht zugestimmt werden (ebenso OLG Karlsruhe (ZS Freiburg) FamRZ 58, 424 ff. (425); auch Schwarzhaupt BT - Drucks. 3409 S. 41 f. und FamRZ 57, 68).

1) Vgl. Schwoerer NJW 64, 5 ff. (6).

2) Krüger-Breitzke-Nowak § 1671 Anm. 17, § 1666 Anm. 16 (m); Maßfeller-Reinicke § 1671 Anm. 8; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 5; Riedel a. a. O. 58.

3) So die wohl einhellige Meinung; vgl. etwa Niclas ZBlJR 63, 48 ff. (49); Palandt-Lauterbach § 1666 Anm. 2.

4) Hierzu Niclas ZBlJR 63, 48 ff. (49).

5) Vgl. Begr. zum RegEntw. bei Maßfeller-Reinicke S. 543; kritisch dazu Riedel a. a. O. 57 f.; ferner Maßfeller-Reinicke § 1671 Anm. 8 und Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 5.

rung des Elternrechtes in Art. 6 II, III GG ¹⁾ eine Gefährdung des Kindeswohles, verschärft also insoweit wieder die Voraussetzungen ²⁾.

Auf derselben Ebene liegt es, wenn das Gesetz durch die Verwendung des Wortes "erforderlich" dem Gericht vorschreibt, daß es nur so weit in die Rechtsstellung der Eltern eingreifen dürfe, als dies notwendig ist. Maßnahmen auf Grund des § 1671 V BGB sind somit lediglich insoweit gerechtfertigt, als sie im konkreten Fall unerläßlich sind ³⁾. Daraus folgt, daß der Richter gehalten sein kann, lediglich Teile der elterlichen Gewalt, z.B. die Personen- oder die Vermögenssorge oder auch nur einzelne dazu gehörende Befugnisse, etwa das Aufenthaltsbestimmungsrecht, einem Pfleger ⁴⁾ der Ausübung nach zu übertragen ⁵⁾, wenn dadurch die Gefährdung der Kindesinteressen bereits abgewendet wird. Muß jedoch die Ausübung der gesamten elterlichen Gewalt entzogen werden, so ist die Einsetzung eines Vormundes der richtige Weg ⁶⁾.

1) Begr. zum RegEntw. b. Maßfeller-Reinicke S. 543; KG FamRZ 59, 256 f. (257); Achilles-Greif § 1671 Anm. 11; Erman-Ronke § 1671 Anm. 12; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 5.

2) Erman-Ronke § 1671 Anm. 12; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 5; a.A. Riedel a.a.O. 59.

3) Ebenso BayObLG in BayObLGZ 48/51 Nr. 118 S. 504; KG DR 39, 1076 f. = JFG 19, 274 ff. (278); Egner a.a.O. 64; Erman-Ronke § 74 Anm. 3 D a; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 D; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 5; v. Scanzoni §§ 81, 82 Anm. 13; Soergel-Siebert § 74 Anm. 12.

4) BayObLG FamRZ 64, 454 ff. (455 f.); Achilles-Greif § 1671 Anm. 11; Erman-Ronke § 1671 Anm. 12 a; Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 18; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 5; Riedel a.a.O. 60. Werden nur Teile der elterlichen Sorge nach § 1671 V BGB geregelt, so verbleibt es im übrigen bei der Anwendung des § 1671 III BGB (vgl. auch Erman-Ronke § 74 Anm. 3 D b; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 D).

5) OLG Frankfurt (ZS Kassel) EJF A I f Nr. 27 mit zust. Anm. von Schwoerer; OLG Stuttgart NJW 58, 1972 (Ls.); BayObLG NJW 51, 889 = BayObLGZ 48/51 Nr. 118 S. 504; LG Itzehoe MDR 48, 220; KG DR 39, 1076 f. = JFG 19, 274 ff. (277 f.); Achilles-Greif § 1671 Anm. 11; Egner a.a.O. 64; Erman-Ronke § 1671 Anm. 12 b u. § 74 Anm. 3 D a; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 D; Maßfeller-Reinicke § 1671 Anm. 8; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 5; RGRK § 81 Anm. 4 c; v. Scanzoni §§ 81, 82 Anm. 13; Soergel-Siebert § 74 Anm. 12; a.A. anscheinend hinsichtlich der Übertragung einzelner Befugnisse Riedel a.a.O. 59 (vgl. dazu S. 75 f.); grundsätzlich a.A. Achilles-Greif § 74 Anm. 15; OLG Freiburg ZBJR 51, 117 ff. (118); der BGH (BGHZ 3, 229) läßt die Frage dahingestellt.

6) Achilles-Greif § 1671 Anm. 11; Erman-Ronke § 1671 Anm. 12 b; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 5; Riedel a.a.O. 59.

Voraussetzung für jene gerichtlichen Maßnahmen ist, wie bereits angedeutet, eine Gefahr für das Kind oder sein Vermögen. Dieser Begriff der Gefahr in § 1671 V BGB ist der gleiche wie in § 1666 BGB. Es genügt, daß die gegenwärtige Besorgnis darüber besteht, daß das geistige oder leibliche Wohl oder das Vermögen des Kindes beeinträchtigt wird ¹⁾. Nicht erforderlich ist, daß bereits Anzeichen einer Schädigung des Kindes sichtbar sind ²⁾. Gleichfalls ist unerheblich, auf welcher Ursache die Gefährdung beruht.

So ist eine Maßnahme nach § 1671 V BGB nicht schon dann gerechtfertigt, wenn beide Ehegatten sich des Ehebruchs schuldig gemacht haben ³⁾ oder das Kind bei dem Vormund oder Pfleger besser als bei einem Elternteil aufgehoben wäre oder erzogen würde ⁴⁾. Gleiches gilt, wenn zwar beide Ehegatten zur Aufnahme des Kindes nicht in der Lage sind, aber der Elternteil, dem die Sorge zustehen würde, das Kind bei geeigneten dritten Personen, z.B. bei Verwandten, unterbringen kann. Hier ist ihm die Ausübung der elterlichen Gewalt zu übertragen und auf die Bestellung eines Vormundes oder Pflegers zu verzichten ⁵⁾. Diese kann insbesondere auch nicht damit gerechtfertigt werden, daß der Vormund oder Pfleger die Eltern bei der Kindeserziehung beaufsichtigen solle ⁶⁾. Besteht Anlaß dafür, den betreffenden Elternteil dabei zu unterstützen, so kann allenfalls ein Erziehungsbeistand bestellt oder Freiwillige Erziehungshilfe (§§ 55 ff. JWG) gewährt werden ⁷⁾.

Wird ein Vormund berufen, so verlieren die Eltern in jedem Falle die tatsächliche Sorge für das Kind. Es ist nach einhelliger Meinung nicht zulässig, daß der Vormund das Kind weiterhin bei einem Elternteil beläßt ⁸⁾. Das Vormund-

- 1) Krüger-Breetzke-Nowak § 1666 Anm. 2; Palandt-Lauterbach § 1666 Anm. 3; Riedel a. a. O. 58 f. und § 63 JWG Anm. 11 c) aa) S. 271.
- 2) Riedel a. a. O. 58 und § 63 wie zu 1); OLG Stuttgart ZBlJR 52, 257 = DRspr I (167) 57 f.; BayObLG ZBlJR 54, 28 f. = DRspr I (167) 68 e.
- 3) So zu § 74 V EheG 46 bereits OLG Tübingen DRZ 48, 61 f. (62); Gerold § 74 Anm. 27; v. Godin § 74 Anm. 10; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 D; Soergel-Siebert § 74 Anm. 10.
- 4) Dies war schon zu § 74 IV EheG 46, der geringere Anforderungen stellte als § 1671 V BGB, anerkannt; vgl. OLG Tübingen DRZ 48, 61; Egner a. a. O. 65; Soergel-Siebert § 74 Anm. 10.
- 5) Vgl. auch v. Godin § 74 Anm. 10.
- 6) LG Braunschweig MDR 48, 181; Achilles-Greiff § 1671 Anm. 11; Egner a. a. O. 66; Gerold § 74 Anm. 28; Soergel-Siebert § 74 Anm. 12.
- 7) So auch Egner a. a. O. 66 (zur Schutzaufsicht der §§ 56 ff. RJWG).
- 8) Egner a. a. O. 66; Erman-Ronke § 1671 Anm. 12 (a. E.); Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 5; ferner OLG Freiburg ZBlJR 51, 117; LG Braunschweig MDR 48, 181; Soergel-Siebert § 74 Anm. 12.

schaftsgericht hat dann nämlich gerade festgestellt, daß beide Eltern zur Ausübung der Personensorge ungeeignet sind. Davon abgesehen kann es dem Vormund aber keine Auflagen darüber machen, wo er das Kind unterzubringen hat ¹⁾.

E. DIE DAUER DER VORMUNDSCHAFTSGERICHTLICHEN REGELUNG

Angesichts der wechselnden Lebensverhältnisse kann die Entscheidung nach § 1671 BGB nicht immer von Dauer sein. Das Gesetz bietet daher in § 1696 BGB ²⁾ die Möglichkeit für eine Änderung des vorausgehenden Beschlusses. Nach dieser Vorschrift kann das Vormundschaftsgericht seine Anordnungen während der Dauer der elterlichen Gewalt jederzeit ändern, wenn es dies im Interesse des Kindes für angezeigt hält. Voraussetzung für eine solche Maßnahme ist, daß sich die für die Erstentscheidung bestimmenden Umstände verändert haben ³⁾, daß mittlerweile neue Umstände eingetreten sind ⁴⁾ oder daß nachträglich seinerzeit bereits bestehende Umstände bekanntgeworden sind, die zu einer anderen Entscheidung geführt hätten ⁵⁾. Dagegen genügt es nicht, daß das Vormundschaftsgericht in der Zwischenzeit seine Ansicht über ihm bisher bereits bekannte Tatsachen geändert hat ⁶⁾. § 1696 BGB kann nicht dazu dienen, ein bereits abgeschlossenes Sorgerechtsverfah-

1) KG Recht 41 Nr. 3145 = DJH XXXIII 75; Gerold § 74 Anm. 31; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 D; v. Scanzoni §§ 81, 82 Anm. 12.

2) Zum Verhältnis § 1696 BGB - § 18 FGG vgl. KG FamRZ 59, 259; Palandt-Lauterbach § 1696 Anm. 1; Riedel a. a. O. 112; ferner Egner a. a. O. 67 und Michaelis § 74 Anm. 18.

3) OLG Hamburg FamRZ 60, 123; BayObLG FamRZ 62, 34 und BayObLGZ 48/51 Nr. 87 S. 330 = DRSpr I (164) 57 e; OLG Bremen MDR 54, 179; SchlHOLG SchlH 52, 93 f.; KG JFG 20, 364 ff.; Achilles-Greifff § 1696 Anm. 4; Erman-Ronke § 1671 Anm. 14 a; Palandt-Lauterbach § 1696 Anm. 1; a. A. KG FamRZ 59, 259; OLG Karlsruhe ZBlJR 55, 327 = FamRZ 56, 112 (Ls.); v. Godin § 74 Anm. 11; auch Egner a. a. O. 68.

4) OLG Hamburg FamRZ 60, 123; OLG Bremen MDR 54, 179; OLG Karlsruhe ZBlJR 55, 327 = FamRZ 56, 112 (Ls.); BayObLG FamRZ 62, 34 und BayObLGZ 48/51 Nr. 87 S. 330 = DRSpr I (164) 57 e; Erman-Ronke § 1671 Anm. 14 a.

5) BayObLG FamRZ 62, 32 ff. (34) und 34; KG FamRZ 59, 253 f. (254); OLG Karlsruhe ZBlJR 55, 327 = FamRZ 56, 112 (Ls.); OLG Freiburg DRZ 50, 207; auch Egner a. a. O. 68 und v. Godin § 74 Anm. 11; vgl. ferner OLG Frankfurt FamRZ 60, 77 ff. (zu § 18 FGG); Baur a. a. O. § 24 B I 1 S. 247; Keidel § 18 Anm. 6 D; Lent a. a. O. § 17 III S. 59.

6) So jedoch v. Godin § 74 Anm. 11 und wohl auch Egner a. a. O. 68 zu § 74 V EheG 46.

ren jederzeit beliebig wiederaufzurollen ¹⁾, wenn dem Gericht nunmehr eine andere Entscheidung vielleicht besser erscheint. Dies verbietet nicht allein der auch im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltende Gedanke der Rechtssicherheit, sondern insbesondere der Grundsatz, daß es dem Kinde nicht zum Besten gereicht, wenn es erneut in den Streit der Eltern hineingezogen und die bisherige Entwicklung wieder abgebrochen wird ²⁾.

Verschiedentlich wird ferner behauptet, zur Abänderung der getroffenen Entscheidung genüge eine andere rechtliche Beurteilung der bereits gewürdigten Tatsachen ³⁾. Dies mag zwar im Interesse des Kindes manchmal wünschenswert sein. Dem steht aber entgegen, daß § 1696 BGB seinem Wortlaut nach - entgegen dem des § 18 I FGG ⁴⁾ - nur solche Fälle erfaßt, in denen nach der Entscheidung eine andere Sachlage bekanntgeworden ist. Wäre dem nicht zuzustimmen, so müßte bei wechselnden Rechtsansichten ein mehrfacher Wechsel der Unterbringung möglich sein. Daran wäre der Richter im konkreten Falle aber meist dadurch gehindert, daß er eine bisher kontinuierlich verlaufende Entwicklung abbrechen müßte. Der sog. Grundsatz der Erziehungskontinuität ⁵⁾ vermag zwar nicht jeden Wechsel auszuschließen ⁶⁾; er wird aber vielfach dazu führen, die für eine Unterbrechung sprechenden Gründe nicht als derart gewichtig anzusehen, daß sie eine Änderung nach § 1696 BGB zur Folge haben müßten. Wollte man der gegenteiligen Auffassung folgen, so müßte das Vormundschaftsgericht außerdem alle von ihm entschiedenen Fälle bei jeder Änderung der Rechtsauffassung erneut überprüfen. Eine solche Forderung wäre schon aus praktischen Gründen nicht durchführbar. Eine andere rechtliche Beurteilung der bereits bekannten Tatsachen reicht also für eine Änderung nicht aus ⁷⁾.

- 1) OLG Hamburg FamRZ 60, 123; KG FamRZ 59, 253 f. (254); OLG Karlsruhe ZBlJR 55, 328 = FamRZ 56, 112 (Ls.); Palandt-Lauterbach § 1696 Anm. 1.
- 2) BayObLG FamRZ 62, 32 ff. (34); KG FamRZ 59, 253 f. (254).
- 3) So OLG Bremen MDR 54, 179; Achilles-Greif § 1696 Anm. 4; Riedel a. a. O. 71; unentschieden Krüger-Breetzke-Nowak § 1696 Anm. 2, die das Problem als eine Frage der materiellen Rechtskraft ansehen.
- 4) Vgl.: "Erachtet das Gericht eine ... Verfügung nachträglich für ungerechtfertigt ...".
- 5) Er gilt nach einhelliger Meinung auch im Rahmen des § 1696 BGB; vgl. etwa OLG Karlsruhe FamRZ 59, 258; KG FamRZ 59, 253 f., DFG 44, 33; OLG Hamm ZBlJR 55, 138 f., JMB1NRW 59, 67; OLG Freiburg DRZ 50, 207; Achilles-Greif § 1696 Anm. 4; Erman-Ronke § 1671 Anm. 14 a; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 7.
- 6) Vgl. oben S. 79 f.
- 7) KG DFG 44, 33; Gerold § 74 Anm. 35; Erman-Ronke § 1671 Anm. 14 a und § 74 Anm. 4 b; Palandt-Lauterbach § 1696 Anm. 1; auch OLG Frankfurt FamRZ

Diese Feststellung führt nicht zu Ergebnissen, die mit dem Grundsatz des Kindeswohls im Widerspruch stünden. Wirkt sich die getroffene Regelung für das Kind nachteilig aus, so sind stets neue Umstände eingetreten, die das Vormundschaftsgericht zu einer Änderung seiner Entscheidung berechtigen.

Im Gegensatz hierzu ist § 1696 BGB anwendbar, wenn das Scheidungsurteil im Wiederaufnahmeverfahren (§§ 580 ff. ZPO) abgeändert wird. In diesen Fällen handelt es sich entgegen der wohl überwiegenden Meinung ¹⁾ nicht um eine Neuzuteilung der Kinder nach § 1671 BGB, da lediglich mit einer - rückwirkenden - Aufhebung des Scheidungsurteils auch die Grundlage des Sorgerechtsbeschlusses entfallen wäre, nicht aber schon mit einer bloßen Abänderung ²⁾. Grundlage der Entscheidung über die elterliche Gewalt ist, wie § 1671 I BGB erkennen läßt, allein die Scheidung der Ehe. Wird das Scheidungsurteil nachträglich nur abgeändert, so bleibt die einmal ausgesprochene Auflösung der Ehe unberührt und damit die Grundlage für den Sorgerechtsbeschuß weiter erhalten. Es besteht dann kein Anlaß und auch keine Möglichkeit für eine Neuregelung der elterlichen Gewalt gemäß § 1671 BGB ³⁾. Lediglich in den Fällen, in denen das Scheidungsurteil nachträglich aufgehoben und die Scheidungsklage abgewiesen wird, entfällt die Voraussetzung für die Sorgerechtsregelung. Aber auch dann ist § 1671 BGB nicht anwendbar. Vielmehr steht beiden Elternteilen gemäß § 1626 I BGB die Ausübung der elterlichen Gewalt in vollem Umfang wieder zu ⁴⁾ ⁵⁾.

Fortsetzung der Fußnote 7 von Seite 127:

60, 77 ff. (78 f.); ferner § 17 Ider 6. DVO z. EheG 46: "Haben sich die tatsächl. Verhältnisse wesentlich geändert, ...".

- 1) Vgl. KG FamRZ 59, 259 f., DR 42, 523 = JFG 23, 76 ff. (77 f.); Dressel DFG 44, 66 ff. (67); Egner a.a.O. 70; Erman-Ronke § 1671 Anm. 14 b; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 A u. 7; unklar Palandt-Lauterbach § 1696 Anm. 1.
- 2) Das KG, FamRZ 59, 259 f., und Dressel, DFG 44, 66 f., nehmen allerdings den Wegfall dieser Grundlage auch bei einer Abänderung an.
- 3) Eine Parallele hierzu findet sich in den §§ 25 (jetzt außer Kraft getreten), 26 f. EheG 46 und in § 644 II 2 ZPO, die im Grundsatz ebenfalls auf einer Wirkung ex nunc basieren.
- 4) Vgl. auch KG DR 42, 523 = JFG 23, 76 ff. (78); Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 6 A.
- 5) Bleiben die Ehegatten weiterhin getrennt, so ist auf Antrag eines der beiden ein Beschuß nach § 1672 BGB zu erlassen, in dem zweckmäßigerweise die formal noch existente Entscheidung nach § 1671 BGB aufgehoben wird (vgl. zu letzterem auch KG FamRZ 59, 259 f. - 260 - und DFG 43, 130; Dressel DFG 44, 66 f. - 67 -; Egner a.a.O. 70).

Haben sich allerdings zwischenzeitlich die zu der früheren Sorgerechtsregelung führenden Umstände geändert - etwa dadurch, daß erst im Wiederaufnahmeverfahren Tatsachen bekanntgeworden sind, die Zweifel an der Eignung des mit der Erziehung bedachten Elternteils aufkommen lassen -, so ist ein Abänderungsverfahren nach § 1696 BGB angezeigt.

Die dargelegten Grundsätze gelten selbst dann, wenn die Entscheidung über die elterliche Gewalt gemäß § 1671 III 2 BGB auf die Alleinschuld eines Ehegatten gestützt ist und der Schuldspruch im Wege der Wiederaufnahme beseitigt wird. Auch hier ändert sich nichts daran, daß die Ehe geschieden ist und geschieden bleibt. Bei dieser Sachlage wird jedoch eine Änderung der Sorgerechtsregelung "zugunsten" des bisher für allein schuldig erklärten Elternteils ratsam sein, wenn dessen Erziehungseignung der des anderen Teils überlegen ist, vorausgesetzt allerdings, daß dieser Änderung Gründe der Erziehungskontinuität nicht entgegenstehen. Rechtlich notwendig ist die Änderung nicht, zumal die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts im Tenor lediglich besagt, daß einem Elternteil die Ausübung der elterlichen Gewalt zusteht, nicht aber, daß sie ihm als dem unschuldigen Teil zukommt.

Die hier dargelegten Grundsätze entsprechen auch weit mehr als die herrschende Meinung dem Kindesinteresse, um das es allein geht. Würde das Gericht nämlich auf den Weg des § 1671 BGB verwiesen, so müßte es von Amts wegen ein neues Verfahren einleiten; das Kind würde wieder in den Streit der Eltern hineingezogen. Ist hingegen § 1696 BGB anwendbar, so kann der Richter ein zweites Verfahren unterlassen oder einen Änderungsantrag des im Wiederaufnahmeverfahren obsiegenden Ehegatten nach kurzer und daher für das Kind kaum schädlicher Prüfung wegen negativer Folgen einer Unterbrechung der Kindeserziehung ablehnen.

Liegt es also im Ermessen des Vormundschaftsgerichts, ob es seine Erstentscheidung aus Gründen des Kindeswohls ändern will, so ist der Richter bei der Ausübung dieses Ermessens gleichwohl an bestimmte Grundsätze gebunden. Eine Änderung ist nämlich nur dann gerechtfertigt, wenn triftige, das Kindeswohl nachhaltig berührende Gründe eingetreten oder bekanntgeworden sind ¹⁾. Dies folgt daraus, daß ein Wechsel der dem Kind gewohnten Verhältnisse sich in der Regel

1) BayObLG FamRZ 62, 34 und 165 ff. (166); OLG Hamm JMBINRW 59, 67 = FamRZ 59, 169 (Ls.), JMBINRW 56, 232 f.; KG FamRZ 59, 253 f. (254) unter Hinweis auf KG - 1 W 537/56 -; OLG Freiburg DRZ 50, 207; OLG Celle JR 49, 155 f. = NdsRpfl 48, 126 ff. (128) = DRspr I (164) 32 h; Erman-Ronke § 1671 Anm. 14 a; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 7; Palandt-Lauterbach § 1696 Anm. 1; auch Gerold § 74 Anm. 35; weniger streng OLG Karlsruhe ZBJR 55, 327 = FamRZ 56, 112 (Ls.).

ungünstig auswirkt. Die fraglichen Umstände müssen also geeignet sein, die Bedenken gegen einen dem Kindeswohl grundsätzlich abträglichen Wechsel zumindest auszuwiegen ¹⁾. Es besteht deshalb nahezu Einigkeit darüber, daß der Grundsatz des § 1671 III 1 BGB, wonach das Vormundschaftsgericht die dem Wohle des Kindes am besten entsprechende Regelung zu treffen hat, keinen Maßstab für eine Änderung gemäß § 1696 BGB abgibt ²⁾. Dies führt allerdings nicht dazu, eine Schädigung ³⁾ oder Gefährdung ⁴⁾ des Kindes zu verlangen. Es ist daher zumindest mißverständlich, wenn gesagt wird, die getroffene Regelung müsse so lange beibehalten werden, als dies mit dem Interesse des Kindes zu vereinbaren ⁵⁾ oder als dies noch zu verantworten sei ⁶⁾.

Zur Erläuterung dieser notwendigerweise allgemein gehaltenen Darstellung seien einige Gründe genannt, die eine Änderung angezeigt sein lassen. Hierher gehören z.B. erheblich größere erzieherische oder pflegerische Fähigkeiten ⁷⁾, Verfehlungen oder Pflichtwidrigkeiten dem Kinde gegenüber ⁸⁾, wie etwa Lieblosigkeit, Mißhandlungen, Nichterfüllung der Unterhaltspflicht, mangelnde Pflege und Erziehung, Überlassung der Betreuung an dritte Personen bei gleichzeitigem achtlosem Übergehen des anderen Elternteils ⁹⁾, die unterlassene Anleitung, diesen zu achten und zu lieben ¹⁰⁾, ständiges Aufhetzen des Kindes gegen den anderen Elternteil ¹¹⁾, wobei es gleichgültig ist, ob die Anschuldigungen gegen den früheren Ehegatten be-

- 1) BayObLG FamRZ 62, 165 ff. (166); KG FamRZ 59, 253 f. (254) unter Hinweis auf KG - 1 W 537/56 -; ferner OLG Karlsruhe ZBlJR 55, 327 f.; OLG Freiburg DRZ 50, 207; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 7; Riedel a. a. O. 70.
- 2) BayObLG FamRZ 62, 34 und 165 ff. (166); OLG Hamm JMBINRW 59, 67 = FamRZ 59, 169 (Ls.), JMBINRW 56, 232 f.; KG FamRZ 59, 253 f. (254) unter Hinweis auf KG - 1 W 537/56 -; OLG Freiburg DRZ 50, 207; OLG Celle JR 49, 155 f. = NdsRpfl 48, 126 ff. (128) = DRspr I (164) 32 h; Erman-Ronke § 1671 Anm. 14 a; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 7; Palandt-Lauterbach § 1696 Anm. 1; auch Gerold § 74 Anm. 35; weniger streng OLG Karlsruhe ZBlJR 55, 327 = FamRZ 56, 112 (Ls.); a. A. Riedel a. a. O. 70.
- 3) Siehe dazu KG FamRZ 59, 253 f. (254), HRR 41 Nr. 121 = DFG 40, 176 f., JFG 22, 5 ff. (7); Gerold § 74 Anm. 35.
- 4) Vgl. dazu KG FamRZ 59, 253 f. (254); Erman-Ronke § 1671 Anm. 14 a.
- 5) So OLG Erfurt DRspr I (164) 50 e; ablehnend auch Riedel a. a. O. 70.
- 6) Vgl. KG HRR 41 Nr. 121 = DFG 40, 176 f.; Gerold § 74 Anm. 35.
- 7) Vgl. auch OLG Karlsruhe ZBlJR 55, 327 f. = FamRZ 56, 112 (Ls.).
- 8) Erman-Ronke § 1671 Anm. 14 a; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 7.
- 9) Egner a. a. O. 68; v. Godin § 74 Anm. 11.
- 10) Egner a. a. O. 69; v. Godin § 74 Anm. 11; KG HRR 41 Nr. 122 (a. E.).
- 11) Egner a. a. O. 69; Erman-Ronke § 1671 Anm. 14 a; v. Godin § 74 Anm. 11; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 7.

rechtigt sind oder nicht ¹⁾, systematisches Hintertreiben des persönlichen Verkehrs ²⁾ entgegen der Anordnung des Vormundschaftsgerichts ³⁾, eine Wiederheirat des Sorgeberechtigten, die für das Kind mit schädlichen Folgen verbunden ist ⁴⁾, ferner auch religiöse Differenzen zwischen diesem Elternteil und dem Kinde sowie eine wesentliche Verschlechterung der Wohnverhältnisse. Dagegen reicht es für eine Abänderung nicht aus, daß der bisher nicht sorgeberechtigte Elternteil nunmehr eine etwas bessere Eignung aufweist oder das Gericht dies inzwischen erkannt hat ⁵⁾ oder daß dieser Teil dem Kind mittlerweile günstigere wirtschaftliche Verhältnisse bieten kann ⁶⁾.

Liegt ein triftiger, das Kindeswohl nachhaltig berührender Grund vor, so kann es je nach Lage der Dinge genügen, daß die frühere Entscheidung nur teilweise abgeändert wird ⁷⁾, wenn dadurch bereits der vom Interesse des Kindes geforderte Zustand geschaffen wird.

Wurde gerade festgestellt, daß § 1671 III 1 BGB im Rahmen des § 1696 BGB unanwendbar ist, so schließt sich die Frage an, ob etwa die übrigen in § 1671 BGB zum Ausdruck kommenden Grundsätze im Änderungsverfahren zu beachten sind.

Obwohl das Verfahren nach § 1696 BGB keine Fortsetzung des Verfahrens nach § 1671 BGB darstellt, sondern selbständig und von diesem unabhängig ist ⁸⁾, hat das Vormundschaftsgericht dabei nach überwiegender Ansicht dennoch entsprechend § 1671 BGB zu entscheiden ⁹⁾. Dies mag als Regelsatz richtig sein. § 1696 BGB faßt nämlich die früher geltenden §§ 74 VI EheG 46 und 1671 BGB a.F. zusammen und beabsichtigt nicht, die zu § 74 VI EheG 46 erarbeiteten Grundsätze aufzugeben ¹⁰⁾. Wollte man § 1696 BGB völlig losgelöst von § 1671 BGB betrach-

1) KG HRR 41 Nr. 122 (a.E.); Egner a.a.O. 69; v. Godin § 74 Anm. 11.

2) Erman-Ronke § 1671 Anm. 14 a.

3) Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 7.

4) v. Godin § 74 Anm. 11.

5) Vgl. KG FamRZ 59, 253 f. (254) und HRR 41 Nr. 121; OLG Freiburg DRZ 50, 207; auch OLG Karlsruhe ZBJR 55, 327 f. = FamRZ 56, 112 (Ls.).

6) OLG Celle JR 49, 155 f. (156) = NdsRpfl 48, 126 ff. (128) = DRspr I (164) 32 h; Gerold § 74 Anm. 35; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 7.

7) Gerold § 74 Anm. 35 (a.E.).

8) BGHZ 21, 315 = NJW 56, 1439 ff. (1440 f.); LG Hildesheim NJW 62, 348 ff. (349); KG JW 29, 1752 f.; Beitzke JR 57, 24 (Anm.); Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 23; Palandt-Lauterbach § 1696 Anm. 1.

9) Vgl. Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 7, § 1696 Anm. 1; Riedel a.a.O. 69 f.; teilweise a.A. Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 22; a.A. OLG Neustadt/W. FamRZ 61, 535 ff. (536).

10) Im Ergebnis ebenso KG FamRZ 59, 253 f. (254) und 259; OLG Frankfurt (ZS

ten, so könnten die Eltern außerdem die Vorschrift des § 1671 BGB unschwer umgehen¹⁾. Es mag zweifelhaft sein, ob alle in § 1671 BGB zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Gedanken billigenswert sind. Solange § 1671 BGB gültig ist, dürfen sie aber nicht dadurch außer Kraft gesetzt werden, daß man sie zwar bei der Erstentscheidung respektiert, dann jedoch binnen kurzer Frist im Wege einer Abänderung beiseite schiebt. Im Hinblick auf die einzelnen Absätze des § 1671 BGB führen diese grundsätzlichen Feststellungen zu folgenden Überlegungen:

Sofern der ersten Entscheidung ein elterlicher Vorschlag zugrunde gelegen hat, kann das Gericht nach herrschender Ansicht diese entsprechend § 1671 II BGB nur dann ändern, wenn es zum Wohle des Kindes erforderlich ist²⁾. Danach ist das Gericht also auch insoweit gehalten, sich in erster Linie nach der Erkenntnis der Eltern zu richten. Die überwiegende Meinung nimmt unter Hinweis darauf, daß das sog. Vorrecht des schuldlosen Teils in jedem Falle gewahrt werden müsse, außerdem an, daß auch § 1671 III 2 BGB im Rahmen des § 1696 BGB zugunsten des schuldlosen zu beachten sei³⁾, es sei denn, daß der Schuldspruch bereits anfäng-

Fortsetzung der Fußnote 10 von Seite 131:

Kassel) EJF A I f Nr. 27 mit zust. Anm. von Schwoerer; Erman-Ronke § 1671 Anm. 14; Maßfeller-Reinicke § 1696 Anm. 1; auch Achilles-Greifff § 1696 Anm.

1) Ebenso Riedel a. a. O. 69.

2) OLG Karlsruhe (ZS Freiburg) FamRZ 61, 534 (Ls.) = ZBlJR 61, 276 f., FamRZ 59, 258; OLG Erfurt NJ 50, 266; Gernhuber, Lb. S. 617; Gerold § 74 Anm. 37; v. Godin § 74 Anm. 5 c und 11; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 7, § 1696 Anm. 1; Schwoerer FamRZ 59, 257 f. (258), 58, 433 ff. (440), 58, 65 (Anm., Fußnote); a. A. OLG Freiburg ZBlJR 51, 119 = DRspr I (164) 57 f.; Soergel-Siebert § 74 Anm. 16; offenbar auch Riedel a. a. O. 70; vgl. ferner OLG Gera NJW-Fundheft Bd. 2 bei § 74 EheG 46 unter A 54.

3) BayObLG FamRZ 62, 34, BayObLGZ 48/51 Nr. 148 S. 643 f. = DRspr I (164) 65 c; ferner Beschluß des BayObLG vom 13. 2. 59 - BReg 1 Z 189/58 - und vom 24. 7. 59 - BReg 1 Z 72/59 -; OLG Karlsruhe (ZS Freiburg) FamRZ 59, 258, 56, 112 = ZBlJR 55, 327 f., EJF A III Nr. 1; OLG Freiburg ZBlJR 53, 81 f. (unter Aufgabe von Rpfl 51, 83 = DRspr I (164) 57 d); OLG Celle NdsRpfl 59, 130 f. (unter Aufgabe von NdsRpfl 57, 58); OLG Hamm FamRZ 59, 169 (Ls.) = JMB1NRW 59, 67, JMB1NRW 56, 232 f., EJF A III Nr. 3; KG DFG 44, 33; Egner a. a. O. 69; Gerold § 74 Anm. 37; Gernhuber, Lb. S. 617; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 7; Riedel a. a. O. 69 f.; Schwoerer FamRZ 59, 257 f., EJF A III Nr. 6 S. 14, unklar in FamRZ 62, 29 f. (30 - Anm.); a. A. OLG Neustadt/W. FamRZ 61, 535 ff. (536); OLG Hamm ZBlJR 55, 138 ff. (139/40) = FamRZ 55, 295 (Ls.); Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 23; auch OLG Celle NdsRpfl 48, 126 ff. (128).

lich eine Zuteilung an den Schuldigen nicht ausschloß ¹⁾. In beiden Fällen wird aber eine Problematik angesprochen, die es in Wahrheit gar nicht gibt. Wie bereits ausgeführt ²⁾, kann nämlich von dem Elternvorschlag oder dem Vorrang des Schuldlosen nur dann abgegangen und auch ein Beschluß nach § 1696 BGB nur dann gefaßt werden, wenn triftige Gründe vorliegen. Der Spielraum des § 1696 BGB kann daher weder durch § 1671 II BGB noch durch § 1671 III 2 BGB eingeengt werden. Eine Rücksichtnahme auf den elterlichen Vorschlag oder auf den Schuldanspruch ist mithin entbehrlich.

Streitig ist, ob § 1696 BGB im Zusammenhang mit § 1671 V BGB gesehen werden muß. Die Meinungen sind darüber geteilt, ob im Änderungsverfahren ein Vormund oder Pfleger schon dann bestellt werden kann, wenn dies zur Abwendung einer auch unverschuldeten Gefahr für das geistige oder leibliche Wohl oder für das Vermögen des Kindes erforderlich ist ³⁾, oder ob es dazu des Verschuldenstatbestandes des § 1666 BGB bedarf ⁴⁾.

Krüger-Breetzke-Nowak ⁵⁾ weisen darauf hin, daß die §§ 1666, 1669, 1676 BGB durch § 1671 V BGB nicht ausgeschlossen seien, wie sich aus den §§ 1679 II, 1680 BGB ergebe. Da aber ein Nebeneinander sowohl des § 1666 BGB als auch des § 1671 V BGB wegen der unterschiedlichen Voraussetzungen im Verschulden sinnlos sei, müsse angenommen werden, daß § 1671 V BGB nur im Verfahren der Erstzuteilung, für das § 1671 BGB geschaffen sei, anwendbar sein könne. Im Änderungsverfahren hingegen könne ein Vormund oder Pfleger nur bestellt werden, wenn die Voraussetzungen des § 1666 BGB erfüllt seien.

Entscheidend für die Beantwortung der hier vorliegenden Frage ist, ob das Kindeswohl oder die möglichst weitgehende Erhaltung des Elternrechts den Vorrang genießt. Gibt man dem Interesse des Kindes den Vorzug, so zwingt dies zur Anwendung des § 1671 V BGB im Änderungsverfahren, da dann auch bei unverschuldeter Gefährdung die Bestellung eines Vormundes oder Pflegers möglich ist. Bekennt man sich hingegen zur Priorität des Elternrechts, so müssen die Fälle, in denen ein Vormund oder Pfleger die Stellung der Eltern einnimmt, der Zahl nach

1) KG FamRZ 59, 253 f. (254); OLG Karlsruhe (ZS Freiburg) ZBIJR 55, 327 f. = FamRZ 56, 112 (Ls.); Palandt-Lauterbach § 1696 Anm. 1.

2) S. 129.

3) So OLG Karlsruhe (ZS Freiburg) ZBIJR 61, 276 f. = FamRZ 61, 534 (Ls.); KG FamRZ 59, 256 f. (257); Gernhuber, Lb. S. 616; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 7, § 1696 Anm. 1; Riedel a. a. O. 70; Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (440).

4) So Krüger-Breetzke-Nowak § 1666 Anm. 16 (unter m), § 1671 Anm. 20; auch OLG Neustadt FamRZ 61, 535 ff. (536).

5) § 1666 Anm. 16 (unter m); kritisch dazu Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (440) und ihm zustimmend KG FamRZ 59, 256 f. (257).

möglichst beschränkt werden; dies führt zur Anwendbarkeit des § 1666 BGB, der nach herrschender Ansicht nur bei verschuldeter Gefährdung der Kindesinteressen erfüllt ist ¹⁾.

Entscheidend kann hierbei lediglich die Einsicht sein, daß § 1696 BGB allein der Wahrung des Kindeswohls dienen soll. Irgendwelche Interessen der Eltern sind im Änderungsverfahren stets unbeachtlich ²⁾. Davon abgesehen wäre es kaum gerechtfertigt, dann an elterliche Interessen zu denken, wenn dem Kinde gerade durch das Verhalten der Eltern eine Gefahr droht. Es wird immer wieder darauf hingewiesen, wie schwer das Schicksal der sogenannten Scheidungswaisen ist. Lehnt man die Anwendbarkeit des § 1671 V BGB im Änderungsverfahren ab, so häuft man in vielen Fällen noch mehr Elend auf das schon vorhandene Leid. Das kann nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Es ist im übrigen nicht einzusehen, warum das Gesetz das Vormundschaftsgericht im ursprünglichen Verfahren durch § 1671 V BGB von den strengeren Voraussetzungen des § 1666 BGB freistellt, warum es dies für ein späteres Verfahren jedoch nicht im Auge gehabt haben sollte.

Unter diesen Gesichtspunkten erscheint es im Interesse des schutzbedürftigen Kindes allein richtig, bei einer Abänderung der Sorgerechtsregelung durch Bestellung eines Vormundes oder Pflegers nicht nach § 1666 BGB, sondern nach § 1671 V BGB zu verfahren ³⁾. Eine derartige Praxis entspricht auch dem Grundsatz des Art. 6 III GG, der wie § 1671 V BGB zur Wegnahme des Kindes ein Verschulden des Sorgeberechtigten nicht erfordert ⁴⁾.

F. DIE BESONDERHEITEN DER SORGERECHTSREGELUNG BEI TRENNNUNG DER EHEGATTEN

Leben die Eltern nicht nur vorübergehend getrennt, so entscheidet das Vormundschaftsgericht auf Antrag eines Elternteils über die Ausübung der elterlichen Gewalt gemäß § 1672 BGB nach den Grundsätzen des § 1671 BGB. § 1671 V BGB, der die Bestellung eines Vormundes oder Pflegers betrifft, ist dabei allerdings ausgenommen ⁵⁾.

Voraussetzung für ein Getrenntleben der Ehegatten ist stets, daß die häusliche

1) Vgl. hierzu Göppinger in v. Staudinger § 1666 Randnote 194 ff. (mit eingehendem Fundstellennachweis).

2) Gerold § 74 Anm. 35.

3) Vgl. auch KG JFG 20, 244 ff. und 22, 218 ff. = HRR 41 Nr. 764; v. Godin § 74 Anm. 11; Hoffmann-Stephan § 74 Anm. 3 (a. E.).

4) NDV 59, 268 ff. (269) - ohne Verfasserangabe -.

5) Ein Vormund oder Pfleger für Kinder getrennt lebender Ehegatten kann also nur

Gemeinschaft nicht mehr besteht ¹⁾. Ob die Trennung zu Recht erfolgt ist, ob also ein Recht auf Getrenntleben besteht, ist unerheblich ²⁾; es geht im Verfahren nach § 1672 BGB nämlich nicht um die Würdigung des Verhaltens eines Elternteils, sondern um die Wahrung der Kindesinteressen.

Ein Getrenntleben im Sinne des § 1672 BGB setzt ferner immer voraus, daß es durch ein eheliches Zerwürfnis verursacht worden ist ³⁾. Diese Auslegung des § 1672 BGB schließt sich an die Darstellungen an, die die Begriffe "Getrenntleben" und "Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft" in den §§ 1361, 1361 a, 1362, 1385 BGB, 627 ZPO, 48 EheG 46, 18 a der 6. DVO zum EheG 46 gefunden haben ⁴⁾. Eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts ist also ausgeschlossen, wenn die Trennung allein auf beruflichen oder gesundheitlichen Gründen oder etwa auf einer Strafverbüßung durch einen Ehegatten beruht ⁵⁾. In den Fällen, in denen die Ehegatten zwar voneinander getrennt sind, aber nicht bei wenigstens einem von ihnen der Wille fehlt, die eheliche Gemeinschaft fortzusetzen ⁶⁾, regelt das Gesetz in § 1678 BGB selbst die Ausübung der elterlichen Gewalt.

Streitig ist dagegen die Frage, wann die Trennung der Eheleute nicht mehr "nur vorübergehend" ist. Nach einer Meinung ist dies immer der Fall, wenn keine reelle Chance mehr besteht, daß die Eltern sich wieder versöhnen werden ⁷⁾. Nach anderer Ansicht kommt es allein darauf an, ob das Getrenntleben der Eltern voraussichtlich von längerer Dauer ist, so daß eine Regelung der elterlichen Gewalt im Interesse des Kindes liegt ⁸⁾; eine Trennung auf unbegrenzte Zeit wird dabei jedoch nicht vorausgesetzt ⁹⁾.

Fortsetzung der Fußnote 5 von Seite 134:

bestellt werden, wenn die strengeren Erfordernisse des § 1666 BGB gegeben sind (vgl. Begr. des RegEntw. bei Maßfeller-Reinicke S. 545; Erman-Ronke § 1672 Anm. 3 b) bb); Maßfeller-Reinicke § 1672 Anm. 4; Palandt-Lauterbach § 1672 Anm. 2; Riedel a. a. O. 84; Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (443); auch Krüger-Breetzke-Nowak § 1672 Anm. 3).

- 1) Riedel a. a. O. 79; auch Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (443).
- 2) Riedel a. a. O. 79/80; Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (443).
- 3) Vgl. Riedel a. a. O. 80.
- 4) Riedel a. a. O. 80; Hoffmann-Stephan § 48 Anm. 3 B a; aber auch LG Mannheim FamRZ 64, 93.
- 5) Vgl. Riedel a. a. O. 80; LG Mannheim FamRZ 64, 93.
- 6) Vgl. dazu Hoffmann-Stephan § 48 Anm. 3 B 1; Riedel a. a. O. 80.
- 7) Begr. des RegEntw. bei Maßfeller-Reinicke S. 544 unten; Maßfeller-Reinicke § 1672 Anm. 2; offenbar auch Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (443).
- 8) Erman-Ronke § 1672 Anm. 2; Riedel a. a. O. 79, 81; vgl. auch die Beratungen des 38. Deutschen Juristentages, MDR 50, 579 (unter I A 6).
- 9) Erman-Ronke § 1672 Anm. 2.

Die Fassung des Gesetzes, das seinem Wortlaut nach auf die Dauer des Getrenntlebens abstellt, spricht für die zweite Meinung ¹⁾. Diese Ansicht wird allerdings dem Zweck des § 1672 BGB, die Gefahren abzuwenden, die sich für das Kind aus den Streitigkeiten seiner getrennt lebenden Eltern ergeben ²⁾, in den Fällen nicht gerecht, in denen nicht feststellbar ist, ob die Trennung voraussichtlich länger dauert. Folgt man der Auffassung, die auf die Aussicht einer Versöhnung abstellt, so wird es zum Nachteil des Kindes vielfach überhaupt nicht zu einem Eingreifen des Vormundschaftsgerichts kommen, da oft nicht ausgeschlossen werden kann, daß die Eltern trotz ihrer Trennung doch wieder zusammenfinden. Gerade der Umstand, daß die Ehegatten sich nur getrennt und keine Scheidungsklage eingereicht haben, läßt in zahlreichen Fällen hoffen, daß eine Aussöhnung doch noch möglich ist. Eine Auslegung des § 1672 BGB, die auf dieser Möglichkeit fußt, liegt mithin nicht im Kindesinteresse. Davon abgesehen würde die Feststellung des Vormundschaftsgerichts, eine Versöhnung sei nicht mehr zu erwarten, die endgültige Entscheidung der Eltern darüber präjudizieren und daher ganz sicher nicht eheerhaltend wirken. Es ist folglich der Ansicht beizupflichten, die danach fragt, ob das Getrenntleben von längerer Dauer ist. Da die Tätigkeit des Gerichts antragsgebunden ist, kann eine solche Praxis im übrigen nicht dazu führen, daß das Vormundschaftsgericht einschreitet, obwohl ein Zerwürfnis der Eltern gar nicht besteht.

Was unter einer länger andauernden Trennung zu verstehen ist, läßt sich nicht generell sagen. Maßgebend ist dabei der Zeitraum vor und nach der Antragstellung. Es ist also nicht nur die zurückliegende Zeit, sondern auch die wahrscheinliche künftige Dauer des Getrenntlebens zu berücksichtigen. Haben die Ehegatten sich erst vor kurzem getrennt, so wird die Feststellung eines nicht nur vorübergehenden Getrenntlebens meist schwierig sein. Dennoch wird man nicht mit Riedel ³⁾ verlangen können, daß mindestens ein Monat seit der Trennung vergangen sei. Dafür gibt das Gesetz keinen Anhaltspunkt. Sind die Eheleute erst ein oder zwei Wochen zuvor auseinandergegangen, so können die Ursachen des Getrenntlebens doch schon so schwerwiegend sein, daß die Trennung auch künftig andauern wird.

Lassen dagegen die Umstände darauf schließen, daß die Trennung binnen kurzer Frist beendet sein wird, so kann von einem nicht nur vorübergehenden Getrenntleben nicht gesprochen werden, auch wenn die häusliche Gemeinschaft bereits seit langer Zeit aufgehoben ist ⁴⁾.

1) Ebenso Erman-Ronke § 1672 Anm. 2.

2) Begr. des RegEntw. bei Maßfeller-Reinicke S. 544; Krüger-Breetzke-Nowak § 1672 Anm. 1; Maßfeller-Reinicke § 1672 Anm. 1; auch Palandt-Lauterbach § 1672 Anm. 1.

3) a. a. O. 81.

4) Riedel a. a. O. 81.

Das bereits erwähnte Antragserfordernis des § 1672 BGB beruht auf der Überlegung, daß so lange, als nicht wenigstens ein Elternteil ¹⁾ das Vormundschaftsgericht anruft, ein Einschreiten des Gerichts nicht erforderlich sei. Es wird vermutet, daß wesentliche Differenzen der Eltern über die Ausübung der elterlichen Gewalt nicht bestehen und daher die Interessen des Kindes nicht beeinträchtigt sind ^{2) 3)}. Daß § 1672 BGB die vormundschaftsgerichtliche Regelung von dem Antrag eines Ehegatten abhängig macht, findet seine Grundlage außerdem in dem Gedanken, daß die gerichtliche Tätigkeit im Falle des § 1672 BGB die Entzweiung der Eheleute meist noch vertiefen und eine Versöhnung erschweren wird.

Neben dieser positiven besitzt § 1672 BGB aber auch eine negative Seite. Riedel ⁴⁾ weist zutreffend darauf hin, daß die Eltern, da ein Zwang zur Antragstellung nicht besteht und § 1666 BGB in manchen Fällen keine Handhabe zum Einschreiten bietet, eine vormundschaftsgerichtliche Entscheidung zum Nachteil des Kindes verhindern können. Es ist ihm zuzustimmen, wenn er die Aufgabe des Antragserfordernisses verlangt. Das Vormundschaftsgericht muß auch bei § 1672 BGB von Amts wegen tätig werden können, wenn es von der Beeinträchtigung des Wohles von Kindern aus gestörten Ehen erfährt. Geschieht dies nicht, so werden die gerade genannten, für sich betrachtet billigen Tendenzen, nämlich die Erhaltung der in Frage stehenden Ehe, auf Kosten des wehrlosen Kindes verfolgt; dieser Einstellung ist im Rahmen der Erörterungen zu § 1671 III 2 BGB bereits widersprochen worden ⁵⁾.

Der Antrag kann bis zur endgültigen Entscheidung des Gerichts zurückgenommen werden ⁶⁾. Danach ist dies nicht mehr möglich ⁷⁾, weil dadurch eine private Person einem Staatsakt die Grundlage entzöge. Aus einer späteren "Rücknahme des Antrags" kann aber unter Umständen geschlossen werden, daß Gründe vorliegen, die zur Änderung des Beschlusses gemäß § 1696 BGB zwingen. Diese kann dann möglicherweise auch zu einer ersatzlosen Aufhebung der Entscheidung

- 1) Krüger-Breetzke-Nowak § 1672 Anm. 3; Palandt-Lauterbach § 1672 Anm. 2; Riedel a. a. O. 83.
- 2) Begr. des RegEntw. bei Maßfeller-Reinicke S. 545; Maßfeller-Reinicke § 1672 Anm. 3; Müller a. a. O. 49.
- 3) Wird nur bzgl. eines Kindes ein Antrag gestellt (dazu BayObLG MDR 60, 673; Palandt-Lauterbach § 1672 Anm. 2), so gilt diese Vermutung hinsichtlich der anderen Kinder fort.
- 4) a. a. O. 129, III.
- 5) Vgl. oben S. 116 ff.
- 6) Gernhuber, Lb. S. 608; Krüger-Breetzke-Nowak § 1672 Anm. 5; Palandt-Lauterbach § 1672 Anm. 2; Riedel a. a. O. 83; Schwörer FamRZ 58, 433 ff. (443).
- 7) Riedel a. a. O. 83.

führen, so z.B. bei einer Aussöhnung der Eheleute. Ein ausdrücklich darauf gerichteter formeller Antrag ist jedoch nicht erforderlich. § 18 I Halbs. 2 FGG, der einen Antrag auf Änderung voraussetzt, wird insoweit durch § 1696 BGB ¹⁾ verdrängt, der das Antragserfordernis nicht kennt.

Soweit § 1672 BGB auf § 1671 BGB verweist, kann auf die früheren Ausführungen Bezug genommen werden. Das dort Gesagte gilt hier entsprechend ²⁾. Ergänzend ist noch zu bemerken, daß entsprechend § 1671 II BGB auch getrennt lebende Ehegatten dem Gericht einen gemeinsamen Vorschlag über die Ausübung der elterlichen Gewalt unterbreiten können. Dieser ist von beiderseitigen Anträgen der Eheleute zu unterscheiden ³⁾, kann aber in ihnen enthalten sein, wenn die Ehegatten darin inhaltlich sich entsprechende Regelungen erbitten.

Für die Einreichung des Vorschlags gilt auch im Verfahren nach § 1672 BGB infolge der Verweisung auf § 1671 III 1 BGB die Frist von zwei Monaten ⁴⁾. Die nicht näher begründete Ansicht von Achilles-Greiff ⁵⁾ und Maßfeller-Reinicke ⁶⁾, im Falle des § 1672 BGB gebe es diese Frist nicht, vermag nicht zu überzeugen. Zunächst will nämlich nicht einleuchten, daß § 1672 BGB zwar auf § 1671 II, nicht aber auf § 1671 III 1 BGB verweise. Das Gesetz läßt eine derartige Einengung der Verweisung nicht erkennen. Es nimmt vielmehr lediglich § 1671 V BGB durch Nichterwähnung besonders aus. Die Bindung an die Zweimonatsfrist kann ferner nicht mit dem Hinweis bestritten werden, § 1672 BGB schreibe die entsprechende Anwendung des § 1671 III 1 BGB nur insoweit vor, als die tatsächlichen Voraussetzungen beider Verfahren gleich seien; im übrigen verbiete sich aber die entsprechende Anwendbarkeit. Auch wenn dieser Argumentation im Grundsatz zugestimmt wird, zwingt sie nicht zur Ausklammerung des Fristerfordernisses. Der Frist kommt im Gegenteil im Verfahren nach § 1672 BGB insofern besondere Bedeutung zu, als gerade in diesem von der elterlichen Initiative abhängigen Verfahren das Gericht viel mehr noch als bei § 1671 BGB darauf achten muß, vor Fristablauf keine die "Mitwirkung" der Eltern übergehende Entscheidung zu treffen ⁷⁾.

- 1) Über dessen Anwendbarkeit auch im Verfahren nach § 1672 BGB vgl. Riedel a.a.O. 84.
- 2) Zur Zulässigkeit einer Aufspaltung der elterlichen Gewalt im Rahmen des § 1672 BGB vgl. OLG Stuttgart NJW 58, 1972 (bejahend); a.A. OLG Karlsruhe FamRZ 59, 68 ff. (69); OLG Hamm FamRZ 58, 145 (im Anschl. an BGH); Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (444, aber auch 434/35) sowie Bosch NJW 58, 1956 (bei Note 2).
- 3) Riedel a.a.O. 84; auch Palandt-Lauterbach § 1672 Anm. 2.
- 4) Ebenso Gernhuber, Lb. S. 612.
- 5) § 1672 Anm. 4.
- 6) § 1672 Anm. 5.
- 7) Zur Bedeutung der Zweimonatsfrist vgl. S. 60 ff., 139.

Die Frist beginnt in dem Zeitpunkt, in dem der Antrag bei Gericht ein-
geht ¹⁾. Vor ihrem Ablauf darf das Vormundschaftsgericht nicht entsprechend
§ 1671 III 1 BGB allein nach dem Kindeswohl entscheiden, sondern muß abwar-
ten, ob der andere Ehegatte sich dem auf eine bestimmte Regelung gerichteten
Antrag seines Ehepartners anschließt oder ob beide ausdrücklich noch einen ge-
meinsamen Vorschlag machen ²⁾.

Auch hier ist die Frist von zwei Monaten keine Ausschußfrist ³⁾. Zur Be-
gründung dessen weist Schwoerer ⁴⁾ zutreffend darauf hin, daß die Eltern andern-
falls durch die Rücknahme und erneute Stellung des Antrags die Wirkungen des
Fristablaufs beseitigen könnten, da von dem Zeitpunkt an, in dem der Antrag
wiederholt wird, die Frist des § 1671 III 1 BGB wieder zu laufen beginnt.

Besonderen Anlaß für eine Kritik des § 1672 BGB bietet die Verweisung auf
§ 1671 III 2 BGB. Sie hat zur Folge, daß das Vormundschaftsgericht einem Eltern-
teil, der die Trennung allein verschuldet hat, die Ausübung der elterlichen Ge-
walt nur zubilligen darf, wenn schwerwiegende Gründe dafür sprechen ⁵⁾. Hier
gilt zunächst das entsprechend, was bereits früher ⁶⁾ über die Bedeutung und die
Berechtigung der Aufnahme des Schuldspruchs in die Vorschrift des § 1671 III BGB
gesagt worden ist ⁷⁾. Insbesondere kann nicht angenommen werden, daß der Ehe-
gatte, der schuldhaft die Familiengemeinschaft verlassen hat, in der Regel auch
keine ausreichende Berücksichtigung des Kindeswohls erwarten lasse ⁸⁾.

1) Riedel a. a. O. 83; Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (443).

2) Palandt-Lauterbach § 1672 Anm. 2; Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (443).

3) Ebenso Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (443); siehe auch oben S. 60 ff.

4) FamRZ 58, 433 ff. (443).

5) OLG Köln NJW 62, 2110; OLG Karlsruhe FamRZ 59, 68 ff. (70); OLG Hamm
FamRZ 58, 145; BayObLG FamRZ 55, 20 ff. (22); Begr. d. RegEntw. bei Maß-
feller-Reinicke S. 545; Erman-Ronke § 1672 Anm. 3 b) bb); Krüger-Breetzke-
Nowak § 1672 Anm. 5; Maßfeller-Reinicke § 1672 Anm. 5; Palandt-Lauterbach
§ 1672 Anm. 2; Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (443); Gernhuber, Lb. S. 616 Anm. 1.

6) Vgl. oben S. 114 ff.; ferner Schwoerer JR 52, 269 f.; siehe aber auch OLG Frank-
furt, das bereits in FamRZ 55, 212 f. (213) die Trennungsschuld in Anlehnung
an § 74 IV EheG 46 berücksichtigte: Es spricht von einem "Rechtsgedanken von
allgemeiner Bedeutung"; ebenso BayObLG FamRZ 55, 20 ff. (22).

7) Zur Zwiespältigkeit der Regelung des § 1672 BGB u. der Rechtsprechung des
BGH, wonach bei einem Meinungsstreit getrennt lebender Eltern über Erzie-
hungsfragen der Trennungsschuld keine Bedeutung zukommt, sondern die Belan-
ge des Kindes allein den Ausschlag geben, vgl. Müller-Freienfels JZ 56, 600
ff. (603, Anm. zu BGH); ihm zustimmend Schwoerer FamRZ 57, 28 (Anm.,
Fußn.) und 58, 433 ff. (443) sowie Justiz 57, 321 ff. (330).

8) So aber BayObLG FamRZ 55, 20 ff. (22).

Darüber hinaus ist noch folgendes zu beachten: Dem Vormundschaftsgericht wird mit der Feststellung der Trennungsschuld eine Aufgabe aufgebürdet, die von der Erfüllung seiner vornehmsten Pflicht, nämlich dem schutzbedürftigen Menschen die Hilfe des Staates angedeihen zu lassen, zumindest ablenkt. Zu berücksichtigen ist außerdem, daß das Vormundschaftsgericht durch jene Feststellung die in einem späteren Scheidungsverfahren erfolgende Feststellung der Scheidungsschuld in gewisser Weise "präjudiziert" ¹⁾. Diese Folge des § 1672 BGB dient gewiß nicht der ordnungsgemäßen Aufklärung des Verschuldens im Scheidungsrechtsstreit ²⁾.

Dazu kommt andererseits die Möglichkeit, daß das Scheidungsgericht eine Feststellung über die Schuldfrage trifft, die von der des Vormundschaftsgerichts abweicht. Es werden dadurch zwar keine einander widersprechenden Entscheidungen geschaffen, da beide Verfahren verschiedene Rechtsfolgen zum Gegenstand haben. Dennoch ist diese Konsequenz der Verweisung auf § 1671 III 2 BGB mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit nur schwer vereinbar ³⁾.

Schließlich wirkt die vormundschaftsgerichtliche Feststellung der Trennungsschuld keineswegs eheerhaltend ⁴⁾, sondern ist im Gegenteil geeignet, den Eheleuten den Weg der Versöhnung zu verbauen und die Ehe restlos zu zerstören ⁵⁾. Der Ehegatte, der in den Augen des Vormundschaftsgerichts unschuldig ist, wird wenig geneigt sein, zu seinem Ehepartner zurückzufinden, und wird in der sicheren Erwartung, daß er auch bei einer Scheidung die Kinder nicht verliert, ein späteres Scheidungs- und Sorgerechtsverfahren (nach § 1671 BGB) nicht scheuen.

Damit zeitigt die Verweisung auf § 1671 III 2 BGB Folgen, die dem Art. 6 I GG, wonach Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stehen, erheblich zuwiderlaufen. Dies mag der unausgesprochene Grund für die Ansicht Krügers ⁶⁾ sein, § 1671 III 2 BGB gelte nicht im Rahmen des § 1672 BGB. Dieser Feststellung kann jedoch nicht zugestimmt werden ⁷⁾, so sehr dies im Kindesinteresse bedauert werden muß. § 1672 BGB bezweckt nämlich offenbar nicht die durch die Feststellung der Trennungsschuld eintretende Verhärtung der bereits vor-

- 1) Dies ist keine echte präjudizielle Wirkung im prozeßrechtlichen Sinne, rückt aber in ihren tatsächlichen Auswirkungen in deren Nähe. - Hierzu auch Gernhuber, Lb. S. 615 f.
- 2) Vgl. dazu auch Beitzke a. a. O. § 29 I 2 S. 163; Donau MDR 58, 6 ff. (7); Krüger-Breetzke-Nowak § 1672 Anm. 5.
- 3) Siehe auch Donau MDR 58, 6 ff. (7); H. Lehmann a. a. O. § 29 II S. 182; Palandt-Lauterbach § 1672 Anm. 2.
- 4) Vgl. Krüger-Breetzke-Nowak § 1672 Anm. 5.
- 5) Riedel a. a. O. 84 unten; Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (443).
- 6) in Krüger-Breetzke-Nowak § 1672 Anm. 5.
- 7) Ebenso Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (443).

handenen ehelichen Spannungen. Diese Verhärtung wäre vielmehr nur eine ungewollte Nebenfolge ¹⁾ der eigentlichen Absicht des Gesetzes, dem unschuldigen Ehegatten die Kinder zu erhalten. Eine solche Zwecksetzung ist aber mit dem Grundgesetz vereinbar.

Es geht folglich auch nicht an, das Gesetz dahin auszulegen, das Vormundschaftsgericht könne die alleinige Trennungsschuld berücksichtigen, wenn es zu deren Feststellung keiner besonderen Ermittlungen bedürfe ²⁾. Diese Darstellung beruht ersichtlich auf dem Gedanken, die genannten negativen Folgen zu vermeiden und das Kindeswohl mehr in den Vordergrund zu rücken. So sehr dieser Überlegung im Grunde beizupflichten ist, könnte die entsprechende Anwendbarkeit des § 1672 III 2 BGB doch nur dann ausgeschlossen sein, wenn wegen völlig andersgearteter Sachlage beider Fälle die Verweisung zu in sich widerspruchsvollen Ergebnissen führen würde. Eine solche Feststellung läßt sich aber nicht treffen. Vielmehr kann im Rahmen des § 1672 BGB die Scheidungsschuld ohne Schwierigkeit durch die Trennungsschuld ersetzt werden. § 1671 III 2 BGB ist daher bis zu einer wünschenswerten Reform auch im Verfahren nach § 1672 BGB anwendbar ³⁾.

1) Vgl. auch BVerfG NJW 57, 417 ff. (419) und 60, 955 ff. (957).

2) So Krüger-Breetzke-Nowak § 1672 Anm. 5; ablehnend Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (443) und wohl auch Palandt-Lauterbach § 1672 Anm. 2. Der Hinweis von Krüger-Breetzke-Nowak auf OLG Frankfurt (FamRZ 55, 212) geht fehl, da zur Zeit dieser Entscheidung eine dem § 1672 BGB entsprechende Vorschrift noch nicht bestanden hat. Das OLG Frankfurt konnte also noch gar nicht zu der starren Gesetzesfolge gelangen, die § 1672 BGB in Verbindung mit § 1671 III 2 BGB jetzt vorschreibt.

3) Ebenso Schwoerer FamRZ 58, 433 ff. (443); vgl. auch OLG Hamm FamRZ 58, 145; BayObLG FamRZ 58, 142 ff. (143 f.); OLG Hamburg MDR 58, 929 (Ls.).

SCHLUSS

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die §§ 1671, 1672 BGB eine Reihe oft verlangter Änderungen gebracht haben, die sich künftig zum Nutzen des bei der Scheidung oder Trennung in erster Linie leidtragenden Kindes auswirken werden. Die genannten Vorschriften lassen andererseits aber eine Beachtung vieler schon seit langem erhobener Forderungen vermissen ¹⁾. Hierzu gehört insbesondere auch die Forderung, den Einfluß der Scheidungs- oder Trennungsschuld im Sorgerechtsverfahren zu beseitigen. Gerade dieses Verlangen ist Ausdruck eines gewandelten Denkens der Rechtsgemeinschaft, das der Gesetzgeber nicht unberücksichtigt lassen darf. Sah man nämlich früher den Zweck des Sorgerechtsverfahrens vorwiegend im Ausgleich elterlicher Rechte, so soll es heute - der Einsicht folgend, daß gerade das Kind bei Scheidung oder Trennung seiner Eltern der Hilfe der Gemeinschaft bedarf - allein dem Wohl des Kindes dienen. Diesem Wandel trägt das Gesetz keine Rechnung, wenn es das Kindesinteresse einer wenig flexiblen Berücksichtigung der Scheidungs- und Trennungsschuld unterordnet. Der Gesetzgeber sollte diese hier nur angedeutete Änderung der gesellschaftlichen Anschauung alsbald nachvollziehen, nicht zuletzt auch deshalb, weil trotz allen Fortschritts den Kindern geschiedener oder getrennt lebender Eltern auch unter dem heute geltenden Recht ein bedauernswertes Los oft nicht erspart bleibt.

1) Zur Gesetzesreform ausführlich Blötz in AGJJ-Mitteilungen Nr. 29 (Oktober 1959) S. 29 ff.; Riedel a. a. O. 123 ff. und UJ 56, 19 ff. (21).

LEBENS LAUF

Am 17. Oktober 1931 wurde ich als Sohn des Lehrers Karl Möbs und seiner Ehefrau Margarete, geb. Danz, in Obertshausen, Kreis Offenbach am Main, geboren. Nach dem Besuch der Volksschule in Neu-Isenburg bei Frankfurt am Main war ich Schüler des Realgymnasiums in Neu-Isenburg. Während meines Studiums der Rechtswissenschaft waren insbesondere die Professoren Dres. Böhm, Coing und Müller-Freienfels meine Lehrer. Ich beendete dieses Studium im Jahre 1956 in Frankfurt am Main mit dem ersten juristischen Staatsexamen. Im Frühjahr 1961 legte ich in Frankfurt am Main die große juristische Staatsprüfung ab. Seit Oktober 1961 bin ich im Bundesministerium des Innern tätig.

